

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

GLÊNIA GRASIELLE PESTANA MORAES

UNIÃO ESTÁVEL PARALELA

São Luís
2016

GLÊNIA GRASIELLE PESTANA MORAES

A UNIÃO ESTÁVEL PARALELA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Lucilélia Gonçalves França

São Luís

2016

Moraes, Glênia Grasielle Pestana

União estável paralela / Glênia Grasielle Pestana Moraes. – São Luís, 2016.

91f.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2016.

Orientadora: Prof. Lucilênia Gonçalves França

1. Direito de família. 2. União estável. I. Título.

CDU 347.61

GLÊNIA GRASIELLE PESTANA MORAES

UNIÃO ESTÁVEL PARALELA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Lucília Gonçalves França (orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

“O legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera.”

Zeno Veloso

O homem é um ser gregário porque junto aos outros ele é mais forte. Na estrada até aqui, contei com inúmeras pessoas, algumas especiais, àquelas que são minha potência de agir eu dedico esta monografia.

Dedico primeiro a Deus porque Ele me deu tudo, e a meus amados pais, Gilberto e Laídes, seres humanos maravilhosos, que me ensinaram e inspiraram a viver e aos quais devo tudo.

Aos meus irmãos Geilson e Ledice, os melhores amigos que alguém pode desejar.

Aos meus cunhados Rennata, Carol, Nara, Flávio e Jair e às minhas sobrinhas, Geovana e Rebeca.

Ao meu namorado João Pedro, companheiro nos bons momentos e também nos que não são assim tão bons, e a sua família, que em verdade é minha segunda família, Ribamar, Célia e vovó Benedita.

Aos meus primos Alex, Edgar, Evellynn, Darwin e Loys.

Aos meus amigos Suzana, Rodrigo, Marcelo, Rafael, Carol, Felipe, Tigo e Felps.

AGRADECIMENTOS

À professora Luciléia pelo suporte na orientação.

Ao professor Pedro Michael da Silva Serejo pela co-orientação, amizade e incentivo.

À Professora Bruna Barbieri Waquim, pela gentileza e apoio.

E ao Des. Lourival Serejo por ser o Relator da Apelação Cível nº. 19048/2013 que inspirou essa monografia

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo principal investigar a possibilidade da recepção do instituto da união estável paralela ao ordenamento pátrio. Busca-se possíveis soluções nos princípios do direito, jurisprudência e na doutrina, pois a legislação sobre o tema é silente. Inicialmente, contextualiza-se o direito de família na contemporaneidade, com seus novos desafios diante da realidade sociocultural, especificamente em relação aos novos arranjos familiares. Nesse sentido, traz-se o arcabouço conceitual e histórico para melhor identificação da problemática em estudo, centrando-se principalmente nos institutos do casamento, concubinato e união estável. Por fim, analisa-se decisões jurisprudenciais que acolhem ou não a concomitância, investigando-se os fatos em cada caso e os argumentos que fundamentaram as decisões dos magistrados.

Palavras-chave: Afetividade. Dignidade. Família. União Estável. União Simultânea.

ABSTRACT

This research is primarily to investigate the possibility of receiving the Institute of parallel stable union to the legal system. It seeks possible solutions on the principles of law, jurisprudence and doctrine, since the legislation on the subject is silent. Initially, it contextualizes the family law in the contemporary world, with its new challenges facing the socio-cultural reality, specifically in relation to new family arrangements. In this sense, it brings the conceptual and historical framework for better problem identification study, focusing mainly on wedding institutes, concubinage and stable union. Finally, it analyzes court decisions that accept not the concomitance, exploring the facts and the arguments that justify the decisions of the magistrates.

Keywords: Affection. Dignity. Family. Stable union. Simultaneous Union.

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

AI – Agravo de Instrumento

AC – Apelação Cível

c/c – cumulado com

CC – Código Civil

CC/1916 – Código Civil de 1916

CC/2002 – Código Civil de 2002

CF – Constituição Federal

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil

CPC – Código de Processo Civil

DJe – Diário de Justiça eletrônico

DO – Diário Oficial de Justiça

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

jun. – junho

LINDB – Lei de introdução às normas do direito brasileiro

mai. – maio

min. – ministro ou ministra

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 FAMÍLIAS MULTIFACETADAS	14
1.1 A união estável e os novos arranjos familiares: aspectos conceituais e históricos	16
1.1.1 Aspectos históricos do direito de família brasileiro	18
1.1.2 A família no Código Civil Brasileiro de 1916	20
1.1.3 A família na Constituição Federal Brasileira de 1988	22
1.1.4 A família na Código Civil Brasileiro de 2002	23
1.2 Princípios aplicáveis a matéria	24
1.2.1 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana	25
1.2.2 Princípio da igualdade	27
1.2.3 Princípio da solidariedade familiar	28
1.2.4 Princípio da liberdade ou da não-intervenção	28
1.2.5 Princípio da pluralidade familiar	29
1.2.6 Princípio da afetividade	29
2 INSTITUTOS FAMILIARES DA UNIÃO ESTÁVEL, DO CASAMENTO E O CONCUBINATO	32
2.1 Casamento	33
2.1.1 Impedimentos e causas suspensivas	35
2.2 Concubinato	37
2.3 União estável	39
2.3.1 Características da união estável	44
2.3.2 Conversão da união estável em casamento	50
3 A UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO OU A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL	52
3.1 União estável putativa	54
3.2 O estatuto das famílias	55
3.3 Monogamia	56
3.3.1 O poliamor e o sistema normativo brasileiro	59
3.4 Análise da possibilidade jurídica da união estável paralela na jurisprudência	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76

REFERÊNCIAS	78
APÊNDICE A - Entrevista com Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa sobre a Apelação Cível n.º 19048/2013, Rosário/MA	84
APÊNDICE B - Entrevista com a Prof.ª Bruna Barbieri Waquim sobre o livro de sua autoria: <i>Relações Simultâneas Conjugais: o lugar da Outra no Direito de Família</i>, 2010. Editora: Café & Lápis	87

INTRODUÇÃO

O trabalho em questão aborda o tema da união estável paralela, um dos mais desafiadores e controversos temas do atual direito de família pátrio. A união estável é caracterizada pela convivência pública contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família, e nesse sentido questiona-se a possibilidade do reconhecimento e recepção pelo ordenamento jurídico de um segundo arranjo familiar de forma simultânea a um casamento ou a uma união estável, ou seja, investiga-se se a “união estável paralela ou simultânea” mereceria guarida jurisdicional do Estado.

A família é fato natural que surgiu espontaneamente da necessidade humana de viver em conjunto, pois o homem jamais experimentaria o atual nível de evolução sem a complexa dinâmica social de proteção, cultura, política, ciência, divisão de trabalho, arcabouço jurídico, entre tantos outros produtos humanos proporcionados por meio da interação em sociedade e inicialmente aprendida em núcleos menores denominados família. Uma das consequências dessa evolução nas relações sociais é o Estado, mas esse Estado, como hoje conhecemos, apenas começou a ser delineado a partir do século XIV, quando o indivíduo entendeu que a autotutela não era a melhor forma de resolução de conflitos. Nesse esteio, ao analisar a história, pode-se observar que os núcleos familiares surgiram antes do Estado e, portanto antes também que o Estado os denominasse e regulamentasse.

Inicialmente, o direito romano e a cultura judaico-cristã elegeram a família matrimonializada, ou seja, aquela constituída pelo casamento, como a única forma de família legítima, e deste modo, também a única reconhecida e regulamentada pelo direito e protegida pelo Estado, condenando-se os demais arranjos familiares à marginalidade. Na mesma linha, o direito pátrio com Código Civil/1916 e leis vigentes no século passado regulavam apenas a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, e somente com o advento da Constituição Federal/1988 ao reconhecer a união estável e a família monoparental enquanto entidades familiares, admitiu-se no direito brasileiro a existência de arranjos outros, que não apenas o tradicional modelo de família constituída unicamente pelo casamento. Neste moderno enfoque pelo qual a família é identificada, novos elementos que compõem as relações familiares têm ganhado relevo, destacando-se sobremaneira os vínculos afetivos que norteiam a sua formação.

Observa-se claramente na discussão sobre a família paralela o choque entre dois pensamentos antagônicos: de um lado, uma linha de entendimento vanguardista que endossa a

possibilidade de reconhecimento da união estável paralela e; de outro lado, em uma postura mais conservadora, doutrinadores e magistrados que afastam essa possibilidade, pois entendem que em paralelo a um casamento ou a uma união estável pode existir apenas um concubinato. Independentemente da linha de pensamento adotada, é cediço que o direito não pode se furtar a dar uma resposta satisfatória as demandas, mesmo que complexas e de grande controvérsia social.

Deve-se, pois, abrir mão de uma visão fechada e de uma interpretação literal para, contemplando os princípios constitucionais norteadores do Estado brasileiro, reconhecer que, em algumas situações isoladas e muito específicas, existem as chamadas famílias paralelas. Asseverasse que, com a propositura do reconhecimento da família paralela, não se está levantando uma bandeira a favor da infidelidade, muito menos do reconhecimento de relações ocultas ou eventuais. Defende-se apenas o direito do homem de se autodeterminar e de uma menor ingerência do direito em determinados assuntos privados, pois o direito deve se preocupar em regulamentar o que é realmente necessário e negar a tutela jurídica a uma “união estável paralela” seria ferir a justiça, objetivo máximo do direito.

Nesses termos, a presente dissertação cuidou de analisar em três capítulos as relações conjugais simultâneas sob o prisma do atual direito de família, tratando-se no primeiro capítulo da família em seus aspectos conceituais e históricos, bem como dos princípios norteadores da matéria como ilustram o princípio da autonomia da vontade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade, além de traçar comentários relevantes sobre as famílias plurais na contemporânea conjuntura sociocultural.

O segundo capítulo é dedicado a esquadrihar o instituto da união estável: verifica-se seu conceito, suas características e a forma que é atualmente percebido pela doutrina, legislação e jurisprudência do país. Traça-se também um comparativo entre a união estável e os institutos do casamento e do concubinato, e para tanto, são estudadas as principais características desses institutos.

O terceiro capítulo aborda a situação de fato da união estável paralela, posto que, independentemente de reconhecida ou não pelo ordenamento, existe na prática e é matéria ainda não pacificada nos tribunais que, portanto exige uma solução jurídica para suas consequências. Ademais, visto que a legislação é silente, busca-se as possíveis soluções para a investigação em comento na jurisprudência e doutrina, de forma especial na linha teórica do IBDFAM e de seus expoentes, a exemplo da Prof.^a Giselda Hironaka e da Prof.^a Maria Berenice Dias, vanguardistas sobre o tema.

1 FAMÍLIAS MULTIFACETADAS

A família vem passando por drásticas alterações na forma que é contemplada pelo direito, inclusive o pátrio. Em sua essência, naturalmente, também ocorreram mudanças por se tratar de um fenômeno natural, um organismo vivo que se amolda à sociedade onde está inserida.

Nos dias atuais é comum encontrarmos grupos da sociedade que alardeiam que a família passa por uma crise: crise de princípios e da moral. Estes “defensores” da família brasileira criticam que, nos últimos anos, a família vem sendo alvo de incursões devastadoras do poder público e principalmente de “modernismos”, como as uniões homossexuais, divórcio e “falta de Deus”. Entretanto, observa-se que as alterações estruturais e de modo de vida pelo qual passa a família é fruto de transformações na própria sociedade, como veremos a seguir, a família sofre uma renovação, despindo-se de preconceitos e abraçando-se a um direito de família mais humano e socializador, um direito de família constitucional.

O direito de família pátrio atualmente busca analisar a família do ponto de vista do afeto, do amor que deve existir entre as pessoas, da ética, da valorização da pessoa e de sua dignidade, do solidarismo social e da isonomia constitucional (TARTUCE, 2014, p.05). Entretanto, nem sempre foi assim, neste capítulo passaremos a analisar alguns aspectos históricos e conceituais para que, em contraste com eles, melhor possamos entender a evolução e o modo como hoje é entendida e regulada a família pelo direito brasileiro.

Durante muito tempo, por influência do direito romano, do direito canônico e da cultura judaico-cristã, a única forma da família ser constituída foi por meio do casamento, este por sua vez, tinha por objetivo precipuamente, a criação de prole e a manutenção do patrimônio familiar. Nessa família tradicional, o poder familiar era exercido pelo marido, pois a mulher, entendida como parcialmente incapaz, sequer podia administrar suas finanças, sem falar na autoridade exercida sobre filhos e empregados ou escravos. Tal situação foi sendo amenizada com o transcorrer do tempo, mas no Brasil, só foi substancialmente alterada com o advento da Constituição de 1988, que proclamou serem homens e mulheres iguais em direitos e deveres e, incluiu o afeto como princípio gerador da família, além de contemplar a pluralidade familiar, incluindo a união estável e a família monoparental nas formas de entidades familiares (TIRADENTES, 2014, p.11-12). Desde então, grandes foram as alterações no reconhecimento de direitos no âmbito do direito de família, principalmente pela doutrina e jurisprudência, a exemplo do reconhecimento da “união estável homoafetiva”, do

entendimento da nocividade da “alienação parental” e do cabimento de “dano moral por abandono afetivo”.

Aponta Fábio Ulhôa que a família já possuiu várias funções entretanto, com o passar do tempo, a família foi perdendo uma a uma, cada uma dessas funções e hoje, compreende em sua inteireza apenas a função afetiva (COELHO, 2012, p. 15-16). Eram funções da família:

- a) a função biológica, relacionada à preservação e ao aprimoramento da espécie;
- b) a função educacional, pertinente à preparação dos filhos menores para a vida em sociedade, mediante a introjeção dos valores que possibilitavam a organização da estrutura social nos moldes então existentes;
- c) a função econômica, que compreende a produção dos bens necessários à vida humana;
- d) a função assistencial, pela qual a família amparava os seus principais membros nas enfermidades e velhice;
- e) a função espiritual, sendo a família o local privilegiado das práticas religiosas e;
- f) a função afetiva, indispensável à estruturação psíquica do ser humano, construção de sua identidade e autoestima.

É claro que nem toda família cumpre a função afetiva, notórios são os problemas que muitos enfrentam no ambiente familiar. Entretanto esse fato não diminui a assertiva do doutrinador Fábio Ulhôa que afirma que “a família tende a ser cada vez mais o espaço para aflorar a afetividade, contribuindo para que homens e mulheres cresçam psicologicamente saudáveis, com autoestima e identidade” (COELHO, 2012, p. 17).

A Constituição Federal de 1988 também acolhe a função afetiva da família quando em seu artigo 226, §8º chama para si a função de coibir a violência na família. A CF/88 inaugura um novo Direito de Família pautado em princípios constitucionais. Esse atual estágio do direito de família é mais baseado na afetividade do que na estrita legalidade, pois “família é arranjo que se dá espontaneamente no seio da sociedade, tendo por base e fundamento o afeto cultivado entre seus membros” (HIRONAKA, 2013, p. 199).

Em relação a pluralidade de famílias preleciona a Prof.^a Maria Berenice Dias que “é chegada a hora de subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias” já que atualmente não mais existe uma única forma de se constituir família (DIAS, 2013, p. 28). A autora também critica a utilização de expressões como “famílias marginais”, “famílias informais”, “extrapatrimoniais” pois são carregadas de preconceito,

desde modo optou-se neste trabalho por tratar essa pluralidade de entidades familiares por “famílias multifacetadas”, expressão encontrada em artigo da revista “prática jurídica”, onde a autora faz uma análise dos desdobramentos do instituto família desde o seu “surgimento” para o direito até o estado democrático (TIRADENTES, 2014).

Nesse interim, é de essencial importância a atuação do IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família que foi criado em outubro de 1997 e desde então vem atuando fortemente das demandas de direito de família brasileiro, discutindo com muita sobriedade os novos temas e posicionando-se na defesa de direitos até então não reconhecidos na seara do direito de família. Nos últimos anos a instituição vem sendo aceita como “amicus curiae” em relevantes causas do Direito de Família no Supremo Tribunal Federal (STF). Dentre as participações do IBDFAM no Supremo destacam-se: a União Estável Homoafetiva ADI 4277/ADPF 132 (2011), Lei Maria da Penha ADC 19 (2012), propôs a Emenda Constitucional (PEC 33/2007) que alterava as condições para a decretação do divórcio e alteração do nome de transexuais ADI 4275.

O organismo familiar passa por constantes mutações e é evidente que o legislador deve estar atento às necessidades de alterações legislativas que devem ser feitas. Não pode também o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como sua célula *mater*, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar aos caos. Daí porque a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar os direitos básicos de autonomia. Essa intervenção deve ser sempre protetora, nunca invasiva da vida privada (VENOSA, 2007, p. 10).

1.1 A união estável e os novos arranjos familiares: aspectos conceituais e históricos

Doutrina e legislação são uníssonas em conferir às famílias o título de base do Estado e núcleo fundamental de toda a organização social, digna de ampla proteção estatal, inclusive pela Constituição Federal de 1988, que preceitua em seu artigo 226, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Reconhece-se, deste modo, o papel essencial que essas pequenas células representam na vida e formação dos indivíduos e, por conseguinte, de toda a sociedade.

Entretanto, não há no Código Civil um conceito para família e também não existe uma unicidade de conceitos entre os diferentes ramos do direito, embora em um mesmo ordenamento (VENOSA, 2007, p. 01). No direito sucessório, por exemplo, “família” abrange os indivíduos chamados por lei a herdar uns dos outros, compreendendo os parentes em linha

reta *ad infinitum*, os cônjuges, os companheiros e os colaterais até 4º grau, enquanto no direito previdenciário, “família” compreende o casal (casados ou conviventes), os filhos não emancipados até 21 anos, filhos incapazes de qualquer idade, inválidos, enteados e menores sob tutela (DINIZ, 2010, p.353).

Por sua vez, a Lei n.º 12.010/2009, conhecida por lei da adoção, conceitua família como “aquela que se estende para além da unidade de pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (GONÇALVES, 2014, p.34).

Um conceito clássico, frequentemente reconhecido pelo legislador é o de Ultopiano¹ que definiu família como o grupo plural de pessoas que, pela natureza ou pelo direito, vive sob o poder de outra. Como lembra Jean Cabonnier², essa poderia ser a definição de uma monarquia ou de uma república autoritária. **A noção atual de família afasta-se cada vez mais da ideia de poder e coloca em supremacia a vontade de seus membros, igualando os direitos familiares** (VENOSA, 2007, p. 02). grifo nosso

Na Constituição Federal de 1988 a família é relacionada a três institutos: ao casamento civil (art. 226, §1º e 2º), a união estável (art. 1.723 a 1.727, CC) e a família monoparental³ (art. 226, §4º). Enquanto isso, há na doutrina uma tendência de ampliar o conceito de família para abranger situações não mencionadas na Constituição Federal, valorizando-se as relações afetivas entre os indivíduos no convívio familiar.

Assim, além da *família matrimonial* (decorrente do casamento), da *família informal* (decorrente da união estável) e da *família monoparental* (constituída por um dos genitores e seus filhos) são reconhecidas pela doutrina, a família anaparental (constituída somente pelos filhos), a família homoafetiva (formada por pessoas do mesmo sexo) e a família eudemonista (caracterizada pelo vínculo afetivo) (TARTUCE, 2014, p.37). Há ainda as famílias: *simultânea ou paralela* (é o tema desta monografia, conceitua-se por aquela família que se desenvolve em paralelo a uma outra pré-existente); *poliafetiva* (formada por três ou mais pessoas); *mosaico* (também chamada de família composta ou pluriparental, é aquela formada por pessoas que possuem um ou mais filhos de relacionamentos anteriores); *extensa* (também chamada de natural ou ampliada, este conceito é encontrado na Lei n.º 12.010/2009 e, refere-se àquela família que se estende além da unidade pais e filhos, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de

¹ Famoso jurista romano.

² Sociólogo e jurista francês, viveu entre 1908 e 2003.

³ É a comunidade formada entre um dos pais e seus descendentes. Ademais, existe divergência doutrinária se o instituto do art. 226, §4º deve ser chamado família monoparental ou entidade monoparental.

afinidade e afetividade) e *substituta* (é a família que substitui a família biológica da criança ou adolescente).

Diante de tantas formas distintas de se constituir família, observa-se que a “família” não pode ser adstrita a uma moldura rígida, a uma fórmula ou a um rol taxativo, desse modo, as famílias compreendidas pela CF/88 compreendem um rol exemplificativo (TARTUCE, 2014, p.38).

1.1.1 Aspectos históricos do direito de família brasileiro

A família brasileira, em sua atual configuração, sofreu influência principalmente da família romana e da família canônica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização portuguesa. As Ordenações Filipinas⁴ foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. Desse modo, pela influência que o direito romano e canônico representaram na formação do direito de família pátrio e no próprio instituto da família brasileira, nesta dissertação, trataremos algumas considerações sobre os mesmos (GONÇALVES, 2014, p.32).

A família no direito romano era patriarcal, matrimonializada, patrimonialista, visando, primordialmente a procriação. O casamento era um fato jurídico no qual a mulher saía de sua família originária e entrava em uma nova família, deixando de ser filha, submissa ao pai, para ser esposa e mãe, submissa ao marido, para o qual eram transferidos seus bens por meio do dote. A partir do século IV, quando Constantino transformou o Cristianismo na religião oficial do império Romano, a estrutura familiar passou a sofrer influência judaico-cristã e a Igreja atribuiu a característica de sacramento ao casamento⁵, que era a única forma

⁴ As Ordenações Filipinas eram formadas por cinco livros, consubstanciando o código legal português. Foram promulgadas em 1603 por Filipe I, rei de Portugal, e ficaram em vigência até 1830. Na sua abrangência e no seu detalhamento, este código foi um poderoso instrumento para a ação política do monarca, tanto em Portugal como nas terras colonizadas pelos portugueses. O sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-Colônia foi o mesmo que existia em Portugal, ou seja, as Ordenações Reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e, por último, fruto da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, as Ordenações Filipinas, que surgiram como resultado do domínio castelhano. Ficaram prontas ainda durante o reinado de Filipe I, em 1595, mas entraram efetivamente em vigor em 1603, no período de governo de Filipe II (MACIEL, 2006, p.01).

⁵ Os sacramentos da Igreja são sete: o *batismo* (apaga o pecado original, a pessoa torna-se filho de Deus e membro da Igreja: *Mt 28,18'20; Mc 16, 15'17*), a *crisma* (é o sacramento que confirma o batismo: *At 8,14'17 e At 1,8*), a *eucaristia* (é comungar do mistério do pão e vinho que são transformados no corpo e sangue de Cristo para a remissão dos pecados: *Lc 22, 19ss; Mt, 26, 17'28; Mc 14,12'24*), a *penitência* (é o sacramento da confissão e cura do pecado: *Jo 20,19'23*), o *matrimônio* (é o casamento, onde pede-se a proteção de Deus para a união do casal e criação dos filhos: *Mt 19, 3ss; Gen 1, 28; Gen 2,24*), a *ordem* (é o sacramento do sacerdote,

apta a constituir uma família, passando o casamento a ser regido pelo direito canônico (TIRADENTES, 2014, p.12).

A figura suprema do *pater familias*, “chefe” da família e do culto familiar, exercia poder quase absoluto sobre a mulher, os filhos e os escravos. A família era essencial para a perpetuação da religião doméstica e do culto dos antepassados e, era essa religiosidade, e não o afeto natural, o liame que unia a família romana. Assim, por largo período da Antiguidade, a família foi um grupo de pessoas sob o mesmo lar sob o comando do mesmo “*pater*”, que invocava os mesmos antepassados (VENOSA, 2007, p. 04).

Em termos estruturais, o direito romano diferenciava-se do canônico pois neste último, somente as pessoas católicas podiam casar, de forma que as pessoas que professavam outra fé tinham esse direito suprimido (TIRADENTES, 2014, p.12). Importante salientar que, para a Igreja, a única forma para se constituir uma família era por meio do matrimônio, este por sua vez, necessariamente heterossexual, patriarcal e patrimonialista. Assim, a entidade familiar constituía-se sob modos completamente formais, onde o objetivo da família era procriar, deixando a mercê os casais homoafetivos, a família monoparental e aqueles que viviam em união de fato, ou que, de modo geral, não via correspondência entre sua família de fato e a lei (TIRADENTES, 2014, p.14). Em relação ao divórcio, os canonistas eram absolutamente contrários à dissolução do vínculo pela natureza de sacramento dada ao casamento, sendo impossível aos homens dissolver a união realizada por Deus: “*quo Deus conjunxit homo non separet*”, expressão traduzida por “o que Deus une, o homem não separa”, máxima amplamente conhecida” até os dias atuais (GONÇALVES. 2014, p.32).

A família sacralizada permaneceu sendo tutelada pela Igreja Católica até o início das revoluções europeias, nesse momento, o Estado chamou para si a função de regular o casamento, como instituição familiar, já que muito além de um dogma sacralizado pela Igreja, ele também se constitui em um fato social e jurídico. É importante destacar que, muito embora tenha sido dado contorno jurídico a família, ela permaneceu hierarquizada, patriarcal, matrimonializada, com o poder central localizado na mão do homem, que era considerado chefe do lar (TIRADENTES, 2014, p.12-13).

Na Idade Média a família ainda possuía função econômica, ou seja, os membros trabalhavam no ambiente doméstico e retiravam desse trabalho sua subsistência, daí a grande quantidade de filhos por casal, pois quanto mais pessoas, mais mão de obra para plantar, colher, cuidar dos animais e para os afazeres domésticos. Entretanto, a partir da Revolução

também denominado padre) e a *unção dos enfermos* (sacramento para os enfermos graves para prepará-lo para a morte: *Tg 5,13-16*) (CANÇÃO NOVA, 2002).

Industrial, o papel econômico é transferido para as indústrias e tem início uma mudança radical no papel das famílias (WAQUIM, 2010, p. 21).

A família e a sociedade como um todo sofreu grandes alterações em sua estrutura com o advento do capitalismo, quando de sua expansão, exigiu-se maior número de trabalhadores nas fábricas, as famílias então começaram a migrar para a zona urbana. A vida urbana em muito se diferia da rural, a família passou a sofrer mudanças decorrentes da própria evolução social, as quais exigiram readequação à brusca mudança de rotina, a exemplo de: menores acomodações, a mulher passou a trabalhar, gradativamente diminuiu-se o número de filhos (TIRADENTES, 2014, p. 13).

No Brasil, a primeira regulamentação do direito de família ocorreu com o Código Civil de 1916 corroborando com a premissa de que, mesmo indiretamente, a Igreja sempre exerceu influência nas diretrizes do Estado. Sobre tal diploma, traçaremos a seguir alguns comentários atinentes a regulamentação da família.

1.1.2 A família no Código Civil Brasileiro de 1916

E uma sociedade eminentemente rural e patriarcal, onde a mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima à família romana. Nesse contexto, surge o código civil de 1916, reflexo dessa época, proclamando em seu art. 229 que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. E, durante muito tempo, a procriação foi a finalidade principal do matrimônio. (VENOSA, 2007, p. 14) (GONÇALVES, 2014, p. 28)

Família legítima era aquela formada por meio do casamento entre homem e mulher, as outras instituições estabelecidas fora do casamento eram consideradas ilegítimas e só mencionadas em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida. Nesse sentido, os filhos que não procediam das “justas núpcias”, mas de relações extramatrimoniais, eram classificados como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei (GONÇALVES, 2014, p. 28-29).

No código civil de 1916 a família matrimonializada sustentou os princípios conservadores, consagrando, a priori, a superioridade do homem, outorgando-lhe, inclusive, a

legitimidade para administração dos bens da mulher em virtude do regime de casamento escolhido. Enquanto isso, a mulher era considerada relativamente incapaz para exercer atos da vida civil. O dogma judaico-cristão relativo à submissão da mulher produziu resultados por vários séculos, demandando grandes esforços para que a situação fosse revista à luz da igualdade entre as pessoas (TIRADENTES, 2014, p. 14).

Assim, apesar de teoricamente o Estado ter absorvido da Igreja a regulamentação da família e do casamento, ainda é forte a influência religiosa, como consequência da moral da época. De tal modo que o Estado não se afasta muito, assimilando os cânones na legislação, mantêm, por exemplo, a indissolubilidade do vínculo do casamento e a incapacidade relativa da mulher, bem como a distinção legal de filiação legítima e ilegítima (VENOSA, 2007, p. 14).

CONCUBINA. SÓ TEM DIREITO AO LEGADO, QUE LHE DEIXOU O COMPANHEIRO. **FALECENDO ESTE EM ESTADO DE CASADO E COM FILHOS LEGÍTIMOS, A MEAÇÃO É DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE** (ART. 262 DO CÓDIGO CIVIL). DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO (BRASIL, Superior Tribunal Federal, 1970). (grifo nosso)

Podemos observar na jurisprudência acima, o recurso extraordinário datado de 1970, de relatoria do então Ministro Adalício Nogueira. Trata-se de recurso movido pela companheira do “*de cujos*” requerendo além da metade da herança a ela deixada em testamento, a meação a que faz direito o cônjuge sobrevivente, alegando ainda que tais bens eram fruto do esforço comum entre ela e o falecido, entretanto o juiz, entendeu que o “*de cujos*” juridicamente ainda era casado e possuía “filhos legítimos”, portanto à “concupina” e “mulher ilegítima” nada mais tinha direito. In verbis:

“a mulher legítima, sob o regime da comunhão de bens, é meeira de todos os bens do casal. Pelo visto, a recorrente, além do legado que, de direito, lhe cabe, **ainda quer empalmar a meação dos bens do espólio, sob o pretexto de que esses foram adquiridos, em razão do esforço comum dos concubinários**. Mas não a socorrem a lei e a jurisprudência”. (grifo nosso)

Como podemos observar, o ministro além de negar provimento a tutela pretendida pela requerente ainda a denomina de “concupina” e, aparentemente ofendido pela sua pretensão, a acusa de querer “empalmar”, ou seja, “furtar” a meação dos bens do espólio, afirmando ser completamente irrelevante se ela contribuiu, ou não, para a formação daquele patrimônio.

1.1.3 A família na Constituição Federal Brasileira de 1988

A partir de metade do século XX o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e eliminando a incapacidade relativa da mulher, até o ponto culminante que representou a CF de 1988. Antes mesmo da nova Carta, no entanto, aos poucos, a começar pela legislação previdenciária, alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido outros, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum (súmula 380, STF). As restrições existentes no código civil passaram a ser aplicadas somente aos casos de concubinato adúltero, em que o homem vivia com a esposa e, concomitantemente, mantinha concubina. Quando, porém, encontrava-se separado de fato da esposa e estabelecia com a concubina um relacionamento *more uxório*, isto é, de marido e mulher, tais restrições deixaram de ser aplicadas, e a mulher passava a ser chamada companheira (VENOSA, 2007, p. 15) (GONÇALVES, 2014, p.29).

As soluções para os conflitos pessoais e patrimoniais surgidos entre os que mantinham uma comunhão de vida sem casamento eram encontradas, todavia, fora do direito de família. A mulher abandonada fazia jus a uma indenização por serviços prestados, baseado no princípio que veda o enriquecimento sem causa. Muitas décadas foram necessárias para que se vencessem os focos de resistência e prevalecesse uma visão mais socializadora e humana do direito, até se alcançar o reconhecimento da própria sociedade concubinária como fato apto a gerar direitos, ainda que fora do âmbito familiar, datando de meados do século passado a consolidação desse entendimento (GONÇALVES, 2014, p.29).

Abaixo, jurisprudência que reconhece o cabimento de indenização por serviços prestados pela concubina. Faz-se um adendo de que, mesmo que tais indenizações atualmente soem com estranheza e, até mesmo como ofensivas, pois a natureza da família é irreconciliável com as relações de natureza trabalhista, deve-se ter em mente que, mesmo que não fossem em condições ideais, tais indenizações eram uma forma de mitigar o sofrimento e o abalo financeiro causados pelo fim da relação e inexistência de normas regulamentadoras para a situação.

CIVIL. CONCUBINATO. SERVIÇOS PRESTADOS PELA MULHER. INDENIZAÇÃO. SÃO INDENIZÁVEIS OS SERVIÇOS PRESTADOS PELA CONCUBINA DURANTE O PERÍODO DE VIDA EM COMUM COM SEU AMASIO (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1991).

A CF/1988, alterando o conceito de família, impôs novos modelos. Embora a família continue a ser a base da sociedade e a desfrutar da especial proteção do Estado, não

mais se origina apenas do casamento, uma vez que, a seu lado, duas novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas: a constituída pela união estável e a família monoparental (GONÇALVES, 2014, p.31).

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família”. Assim, consagra a proteção à família no art. 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a adotiva. Nesses termos, “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O §6º do art. 227 altera o sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento. Outra grande revolução situa-se nos artigos 5º, inciso I e, 226, §5º ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derrogam-se mais de uma centena de artigos do código de 1916 (VENOSA, 2007, p. 16) (GONÇALVES, 2014, p.33).

1.1.4 A família no Código Civil Brasileiro de 2002

Todas essas mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram a aprovação do código civil de 2002 (GONÇALVES, 2014, p.33). O CC tende a fornecer uma nova compreensão da família adaptada ao novo século, procura estabelecer a mais completa igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, do homem e da mulher, da mesma forma, contempla o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, independentemente de sua origem e não mais se refere ao pátrio poder, denominação derivada do caudilhesco *pater familias* (VENOSA, 2007, p. 10).

O Código Civil de 2002 amplia o conceito de família com a regulamentação da união estável como entidade familiar; reafirma a igualdade entre os filhos em direitos e qualificações, como consignado na Constituição Federal; atenua o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento; introduz nova disciplina do instituto da adoção, compreendendo tanto a de crianças e adolescentes como a de maiores, exigindo procedimento judicial a ambos os casos; disciplina a prestação de alimentos segundo nova visão, abandonando o rígido critério da mera garantia dos meios de subsistência, dentre tantas outras alterações (GONÇALVES, 2014, p. 34).

Assim, o CC/2002 vem ao encontro de uma realidade familiar concreta onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica. Uma vez declarada a convivência

familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar. As inovações mencionadas dão uma visão panorâmica das profundas modificações introduzidas no direito de família e as alterações demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro (GONÇALVES, 2014, p.34-35).

O atual estado legislativo teve que suplantar barreiras de natureza ideológica, sociológica, política, religiosa e econômica. Muito ainda será feito em matéria de atualização no campo da família. Novos temas desafiam o legislador, como as inseminações artificiais, as cirurgias de mudança de sexo, as relações homoafetivas, etc (VENOSA. 2007, p. 15).

1.2 Princípios aplicáveis à matéria

Os princípios jurídicos são abstrações realizadas pelos intérpretes do direito, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. Eles estruturam o ordenamento, gerando consequências concretas, por sua marcante função para a sociedade (TARTUCE, 2014, p. 25). Nesse sentido, no aludido tópico analisaremos os princípios basilares que ajudarão a melhor conceber a questão da união estável paralela.

Atualmente existe uma tendência em constitucionalizar os princípios do direito de família, e do direito civil como um todo, contudo tal propensão não é uníssona na doutrina, assim como não é homogêneo o entendimento sobre quais são os princípios norteadores do direito de família. Aqui, visando o aspecto mais didático e a natureza no trabalho, optou-se em seguir a linha mais contemporânea e constitucional dos princípios do direito de família da qual são expoentes Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Heloíza Helena Barboza, Luiz Edson Fachin, Paulo Lôbo, Giselda Hironaka, entre outros autores, além do IBDFAM (TARTUCE, 2014, p. 05).

A referida constitucionalização dos princípios do direito de família não se trata de estudar os institutos do direito privado previstos na Constituição Federal, mas de analisar o Direito de Família sob o prisma do constitucionalismo (TARTUCE, 2014, p. 05). O CC/2002 segue essa tendência, com o escopo de preservar a coesão familiar e melhor abordar a realidade social, quando absorve as alterações da Constituição e aprofunda, a exemplo das especificações contidas nos artigos sobre a união estável. Traz, desse modo, “ampla e

atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais” (GONÇALVES, 2014, p. 21).

Nessa ótica, alguns princípios recebem outra modelagem e passam a desdobrar-se em outros que melhor refletem o atual estágio do direito de família como o “princípio da comunhão de vida plena” delineado por alguns autores, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves, que preceitua que “tal dispositivo tem relação com o aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir, (...) priorizada assim a convivência familiar” (GONÇALVES, 2014, p. 24). Entende-se que tal “princípio da comunhão de vida plena” desdobrou-se no “princípio da afetividade” e o “princípio da não intervenção” que a seguir serão devidamente explicados.

Necessário se faz salientar que este trabalho filia-se ao entendimento de que a monogamia não é um princípio, mas uma regra de conduta, e portanto será melhor estudada no terceiro capítulo do presente trabalho. Ademais, a monogamia, como bem destaca Berenice Dias, não se trata de um princípio do direito de família, é pois “uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sobre a chancela do Estado”. Do mesmo modo, não há como considerar a monogamia como um princípio constitucional, já que não é prevista pela Constituição. Aliás, a CF/88 faz justamente o contrário, ou seja, reconhece a existência de situações de infidelidade quando proíbe a discriminação dos filhos havidos fora do casamento, regulamentando assim, uma consequência da infidelidade, está pois reconhecendo sua existência (DIAS, 2013, p. 63).

1.2.1 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana

A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura das famílias e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, mudanças essas que trouxeram novos ideais, provocaram “declínio do patriarcalismo” e “lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas” (GONÇALVES, 2014, p. 22).

“A pessoa humana é o centro da atenção do Estado e o princípio da dignidade, portanto, norteia todos os aspectos do direito de família, seja no tocante às relações matrimoniais, às relações não matrimoniais, às relações de parentesco consanguíneo, civil e o socioafetivo” (AMARO, 2015, p. 03).

O princípio da proteção da dignidade da pessoa humana é um princípio máximo originado do disposto no art. 1º, III da CF. Rodrigo da Cunha aloca a dignidade como sendo o atual vértice do Estado Democrático de Direito, e determina a funcionalização de todos os institutos jurídicos da pessoa humana (PEREIRA, 2004, p. 67-68).

A dignidade da pessoa humana concretiza-se socialmente, pelo contato da pessoa com a sua comunidade e o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente, é o que se depreende do art. 227, CF (BRASIL, 1988) (TARTUCE, 2014, p. 07) (GONÇALVES, 2014, p. 23). Tal princípio se encerra da pluralidade familiar quando assegura igual dignidade para todas as entidades familiares, até porque “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer” (DIAS, 2013, p. 66).

CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGADA ANALOGIA. 1. "A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas". 2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda como tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido. 3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. 4. **A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.** 5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual. 6. Recurso especial desprovido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011). **grifo nosso**

No Recurso especial acima citado discute-se, nos autos de ação declaratória de união estável homoafetiva, sobre a possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Destaca-se que foi com base no princípio da dignidade da pessoa humana que o tribunal decidiu pelo reconhecimento da união estável homoafetiva.

Não existe no ordenamento pátrio nenhuma norma que reconheça tal união, mas também não há nenhuma norma que proíba. De tal modo que, o tribunal partiu do princípio de que, a Constituição em seu art. 226 defende o princípio da pluralidade familiar, assim não se trata de “*numerus clausus*”, e sim um rol exemplificativo dada a natureza aberta das normas

constitucionais, assim, entendê-la de outro modo, seria desvirtuar o objetivo constitucional da inclusão.

1.2.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade está presente no ordenamento desde a Revolução Francesa de 1789. Desde então os ordenamentos, inclusive o Brasileiro, têm absorvido o ideal de igualdade, sendo imprescindível que a lei considere a todos como iguais, ressalvadas as desigualdades. Sendo impossível pensar em justiça sem pensar em igualdade (DIAS, 2013, p. 67).

Negros, indígenas, pobres, homossexuais e mulheres, as chamadas “minorias” muito já sofreram preconceitos e desigualdades. Em relação a gênero, por exemplo, perdurou por muitos anos a crença na supremacia do homem sobre a mulher, considerada intelectualmente inferior, sendo confinada aos trabalhos domésticos e procriação, de tal sorte que até mesmo a Encíclica Papal *Rerum Novarum* assevera tal inferioridade (TIRADENTES, 2014, p. 13):

“Trabalho há também que não se adaptam tanto à mulher, a qual, por natureza, destina-se, de preferência, aos arranjos domésticos que, de outro lado, salvaguardam admiravelmente a honestidade sexual, correspondendo melhor, pela própria natureza, ao que pede a boa educação e a prosperidade da família.”

Entretanto a Constituição Federal de 1998 joga por terra todas as diferenças. No âmbito do direito de família, afirma a igualdade entre casamento e união estável, entre filhos havidos dentro ou fora do casamento e adotados e, também entre homens e mulheres. Afirmando exaustivamente a igualdade no que se refere a sociedade conjugal ou convivencial formada pelo casamento ou pela união estável, como exemplo, a igualdade do art. 226, parágrafo 5º, CF que extingue o poder marital, nesses termos, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988). Do mesmo modo, o sistema jurídico, por meio da CF/88 assegura tratamento isonômico entre os que optaram por casar e os que optaram por viver em união estável, não devendo sofrer qualquer tipo de tratamento diferenciado.

Diante do reconhecimento dessa isonomia, como exemplo prático, o marido ou companheiro pode pleitear alimentos da mulher ou companheira e vice-versa nos termos do artigo 1694, CC (BRASIL, 2002). Outra aplicação dessa igualdade será inserida no Novo Código de Processo Civil de 2016, alterando a disposição concernente ao foro privilegiado

que, atualmente é das mulheres nas ações correlatas ao casamento, uma tentativa de proteger o lado mais frágil da relação conjugal, que antigamente era a mulher, mas nos dias atuais já não faz nenhum sentido sob o panorama do princípio da igualdade entre homens e mulheres (SIMÃO, 2015). Na mesma linha, a Lei n.º 13.058/2014, transforma a guarda compartilhada em casos de divórcio em regra geral, superando o entendimento de que os filhos devem ser criados pela mãe com ajuda do pai, afinal, a responsabilidade deve ser dividida entre os genitores com igualdade de direitos e deveres.

1.2.3 Princípio da solidariedade familiar (art. 3º, I, CF)

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, I, da CF 88 no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988). Maria Berenice Dias discorre sobre a fundamentabilidade do princípio da solidariedade, relacionando ele ao princípio da afetividade e ressaltando seu conteúdo ético, *in verbis*:

“Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.” (DIAS, 2013, p. 69)

Solidariedade é, nesses termos, o ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de outra pessoa. Nesse esteio, o código civil consagra o princípio da solidariedade ao instituir, em seu art. 1.511, que o casamento estabelece plena comunhão de vidas, e também que, justifica-se, por exemplo, o pagamento de alimentos entre os integrantes da família, inclusive nos casos de união estável, nos termos do art. 1694 do atual Código Civil (TARTUCE, 2014, p. 13) (DIAS, 2013, p. 69).

1.2.4 Princípio da liberdade ou da não intervenção

O art. 1.513 do Código Civil delinea o princípio da não intervenção quando prevê que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Tal princípio é reforçado pelo art. 1565, §2º, da mesma codificação, quando ele dispõe que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições públicas em relação a esse direito.

Assim, o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família (TARTUCE, 2014, p. 20-21). Da mesma forma, a CF demonstrou grande preocupação o princípio da liberdade, em especial no ambiente familiar, “o direito tem o papel de coordenar, organizar e limitar as liberdades justamente para garantir a liberdade individual”, nunca para invadir as liberdades individuais e ou decidir os rumos da família (DIAS, 2013, p. 66).

O princípio da liberdade tem estreita relação com o princípio da autonomia privada, fundada constitucionalmente na liberdade, e conceituada por Daniel Sarmento como “o poder que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses” ademais, “autonomia privada não existe apenas em sede contratual, mas também na ótica familiar”. Assim, quando escolhemos, na “escalada do afeto”, com quem ficar, com quem namorar, com quem noivar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada (OLIVERA, 2006, p.315) (TARTUCE, 2014, p. 20-21).

1.2.5 Princípio da pluralidade familiar

A pluralidade familiar ganhou contornos quando a Constituição Federal de 1988, como já elucidado nos tópicos anteriores, abandona os antigos padrões rígidos do que seria uma família, ou seja, a matrimonializada, e reconhece de forma clara, enquanto família a união estável e a família monoparental, e implicitamente, de que não existe mais uma forma rígida de se constituir família. Ou seja, não existe família, existem famílias, cada uma com seus pormenores e que igualmente devem ser reconhecidas e protegidas pelo ordenamento.

Rodrigo da Cunha, em seus estudos sobre principiologia do direito de família, relaciona o princípio da pluralidade familiar ao princípio da afetividade, pois, como bem se observa, não se utiliza mais um critério objetivo para identificar em que consiste uma família, como a exemplo de descendência hereditária, ou um contrato formal e religioso como antes se configurava o casamento, atualmente, o mais importante é o afeto que liga aqueles membros, e que por meio de uma decisão consciente decidem formar uma família, com contrato ou sem contrato, tendo um vínculo consanguíneo ou não.

1.2.6 Princípio da afetividade

Por muito tempo na história o matrimônio, único modo de constituir família, esteve longe de qualquer conotação afetiva, pois como já mencionado anteriormente, a

instituição do casamento sagrado era um sacramento da religião católica. Inclusive, em um passado recente, eram comuns os casamentos arranjados, donde se buscava uma melhor condição financeira ou melhor status social, entretanto era facultado ao marido o divórcio quando a mulher não podia ter filhos, donde se observa as funções patrimonial e de reprodução do instituto familiar.

Sobre a valorização do vínculo afetivo como fundamento do parentesco civil, coloca Paulo Lôbo que: “O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica”. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988 (TARTUCE, 2014, p. 26).

Hoje, tanto a formação quanto a dissolução da sociedade conjugal tende a ser uma consequência da *affectio*, bem como, a possibilidade da paternidade socioafetiva (GONÇALVES, 2014, p. 25). O afeto também é apontado por Rodrigo da Cunha como o princípio fundamento das relações familiares, afirmando que tal princípio hoje ocupa o lugar onde antes estava o aspecto material do direito de família, nesses termos:

“Na era da despatrimonialização do Direito Civil, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, toda a ordem jurídica focou-se na pessoa, em detrimento do patrimônio, que comandava todas as relações jurídicas interprivadas. Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado da realização da pessoa, pois ela é o *locus* onde se inicia se desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania em uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais.” (PEREIRA, 2004, p. 129)

O princípio da afetividade não está previsto de forma expressa na CF/1988 pois não existe a expressão “afeto”, mas não se pode negar sua tutela Constitucional visto que decorre da valorização constante da dignidade humana e sua importância vem sendo reconhecida por doutrina e jurisprudência. A afetividade constitui um código forte no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar na família brasileira. Não restam dúvidas de que “a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros” (TARTUCE, 2014, p. 24-25) (PEREIRA, 2004, p. 130).

Em relação a constitucionalidade do princípio da afetividade, Flávio Tartuce afirma que se constitui em um dos princípios implícitos, e que está presente também em

outras normas, como o código civil. O importante é que, explícito ou implícito, não se pode negar sua existência e importância, para o direito de família.

“A solidificação da afetividade nas relações sociais é um forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento” (TARTUCE, 2014, p. 24-25).

É importante ressaltar que o afeto equivale à integração entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. Hironaka aponta que a afetividade é o critério para identificação de uma família.

“(…) a família se idealiza e se constrói por meio de uma entidade que se alicerça na afetividade e que tem, como causa final, a busca do projeto pessoal de felicidade de cada um de seus membros. Com este espelho, o diagnóstico para a verificação se determinado relacionamento interpessoal pode ser considerado família, fica muito fácil, afinal de contas. Caso o relacionamento em questão seja relativo à conjugalidade (...) **a afetividade e a busca da felicidade o moldam de modo a que se o possa considerar como verdadeira entidade familiar, conforme descrição constitucional.**” (HIRONAKA, 2013, p. 202) grifo nosso

O princípio da afetividade é, atualmente, o centro gravitacional de todos os princípios do direito de família, assim como, se configura em um dos sustentáculos da presente dissertação. Ele serve para identificarmos a tendência do direito de família contemporâneo, ou seja, um direito mais constitucional e voltado para a dignidade da pessoa humana e para seu crescimento e desenvolvimento pessoal.

2 INSTITUTOS FAMILIARES DA UNIÃO ESTÁVEL, DO CASAMENTO E O CONCUBINATO

No capítulo anterior fez-se uma pequena retrospectiva histórica e conceitual sobre a família e, foram devidamente detalhados os princípios, que fundamentam e influenciam o atual direito de família brasileiro e possuem uma ligação intrínseca com o tema em análise. Vimos também que a família na atualidade é bem diferente do que já se concebeu antigamente por “família” e que, atualmente o instituto perdeu muitas de suas funções, restando apenas a função afetiva, que se caracteriza por ser aquela que surge na convivência familiar por meio da solidariedade e do afeto, e não da biologia ou da formalidade.

Muito embora uniões sem casamento tenham recebido grande atenção da doutrina e parcela importante dos julgados nos tribunais nas últimas décadas, para muitos doutrinadores do direito de família, a exemplo de Venosa, o casamento ainda é “o centro gravitacional do direito de família” (VENOSA, 2007, p. 02). Entretanto, para outros doutrinadores, o objetivo do casamento foi se esvaziando com o passar do tempo, como preleciona Fábio Ulhôa, que iguala os institutos da união estável ao casamento:

“Hoje, ele tem importância só psicológica, social e emocional. Quem opta por constituir família pelo matrimônio declara solenemente ao cônjuge (e ao mundo também) que lhe está destinando um lugar importante em seu coração e na sua vida. Essa declaração tem relevância ímpar para as relações amorosas, a autoestima de quem a dá e recebe, além da felicidade dos cônjuges, seus pais e familiares; mas pouca importância tem a declaração solene ínsita ao casamento para a proteção dos direitos. Para a ordem jurídica atual, é absolutamente indiferente se homem e mulher desimpedidos casam ou optam por se unir sem a formalidade do casamento. As consequências pessoais, inclusive para os filhos, e patrimoniais serão rigorosamente as mesmas. Finalmente, pode-se dizer que o casamento se tornou uma simples folha de papel.” (COELHO, 2012, p. 98 - 99) grifo nosso

No mesmo sentido, Berenice Dias afirma que a Constituição de 1988, no momento que reconhece outras formas de constituir família, como a união estável, não desigualou umas das outras, “limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado” (DIAS, 2013, p. 175). No capítulo em estudo traçaremos uma análise geral sobre o casamento e o concubinato com o objetivo de identificar as diferenças entre eles e a união estável, que será melhor detalhada, visto que é o objeto desta pesquisa, e ainda como cada um desses institutos se encaixa no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Casamento

É difícil conceituar casamento, a própria lei se furta dessa missão, limitando-se apenas a definir sua finalidade, qual seja, “estabelecer comunhão de vida plena, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” e estabelecer seus efeitos no art. 1565,CC: “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Simplesmente para ilustrar traremos o conceito de casamento de Berenice Dias, pois o objetivo deste subitem não é imergir em entendimentos conceituais sobre casamento, mas apenas expor suas características e contrastes com o instituto da união estável. Assim, temos que casamento, no sentido de relação jurídica, é uma relação complexa onde os cônjuges assumem igualmente direitos e deveres recíprocos que acarretam sequelas não só de âmbito pessoal, mas jurídico, social e religioso (DIAS, 2013, p. 156).

Nos povos primitivos era raro encontrar solteiros dentre os indivíduos adultos, pois eles não serviam aos objetivos da sociedade. A família, por outro lado, era a unidade de produção e organização social, e o rito exigido para sua formação era o casamento. Com o passar do tempo, o conceito de casamento foi sendo alterado, e ainda hoje, os conceitos não estão uniformizados.

Entretanto, podemos identificar que o conceito de casamento varia de acordo com a natureza jurídica que lhe é conferida. Assim, para os doutrinadores que seguem a “concepção clássica” a natureza jurídica do casamento é um contrato, “cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes” (GONÇALVES, 2014, p. 41). Essa corrente é a adotada pelo Código Civil de Portugal que preceitua que “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida” (TARTUCE, 2014, p. 48).

Para os doutrinadores que seguem a corrente “individualista” no casamento prevalece o caráter institucional, sendo seu conceito o de uma “instituição social” (GONÇALVES, 2014, p. 41). Segue esse entendimento a doutrinadora Maria Helena Diniz, que conceitua o instituto do seguinte modo: “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família” (DINIZ, 2005, p. 39). Na mesma linha, Washington de Barros Monteiro (apud GONÇALVES, 2014, p. 41) afirma que o casamento é “uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos”.

Existe ainda uma terceira corrente denominada de “ecclética ou mista” para a qual a natureza do “casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto a formação”. Seria o casamento, portanto, um negócio jurídico bilateral *sui generis* (TARTUCE, 2014, p. 48). Independentemente da corrente que cada doutrinador segue é importante ressaltar que, na atualidade, o casamento tem uma definição mais voltada a uma união ligada pelo contrato, porém com essência ligada ao afeto.

O renomado civilista Silvio Rodrigues, por exemplo, traz em sua obra uma definição “ecclética” de casamento, vejamos: “Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência” (RODRIGUES, 2004, p.19) Carvalho Santos (apud GONÇALVES, 2014, p. 41) também segue esta corrente, ressaltando que o casamento “é um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só giram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais”.

Carlos Roberto Gonçalves elenca sete características do casamento: a) ato solene; b) possui normas regulamentadoras de origem pública; c) estabelece comunhão de vida plena, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges; d) representa união permanente; e) exige diversidade de sexo; f) não comporta termo ou condição e, g) permite liberdade de escolha do nubente (GONÇALVES, 2014.p.44-45).

É necessária uma ressalva em relação ao item “e” das características apontadas pelo doutrinador, pois o STJ em acórdão publicado no informativo de n.º 486 em 2011, bem como o STF na ADI 4.277, permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e desde maio de 2013 uma resolução do CNJ obriga os cartórios brasileiros a realizarem o casamento homoafetivo, afastando, portanto, a necessidade da diversidade de sexos enquanto característica do casamento.

Sobre a importância do casamento, destaca Carlos Roberto Gonçalves:

“O casamento, pelos seus efeitos, é o mais importante de todos os institutos familiares. Embora existam relações familiares fora do casamento, ocupam elas plano secundário e ostentam menor importância social. O casamento é o centro, o foco de onde irradiam as normas básicas do direito de família, sendo estudado em todos os seus aspectos, desde as formalidades preliminares e as de sua celebração, os seus efeitos nas relações entre os cônjuges, com a imposição de seus direitos e deveres recíprocos, e nas de caráter patrimonial, com o estabelecimento do regime de bens, até a sua invalidade por falta de pressupostos fáticos, nulidade anulabilidade, além da questão da dissolução da sociedade conjugal.” (GONÇALVES, 2014. p 20)

É possível inferir que importância do casamento está diretamente ligada a sua finalidade, é por conta dela que o Estado dedica tanta atenção e regula em detalhes o casamento e seus proclamas. Vale destacar que o casamento é o negócio jurídico mais solene do direito brasileiro. As finalidades do casamento são a regulamentação das relações sexuais entre os cônjuges, a proteção à prole e a mútua assistência (RODRIGUES, 2004, p.22).

Sobre a finalidade do casamento, destaca Sérgio Rezende de Barros:

“o que identifica a família é uma afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico, este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal”.

Nesse sentido, podemos observar a crescente valorização do afeto na atual conceituação e regulamentação instituto do casamento. O aspecto econômico, a criação de prole, a proteção da prole, residência comum são aspectos importantes no casamento, mas são secundários e não essenciais, pois não mais servem para caracterizar a família atual formada por meio do casamento.

2.1.1 Impedimentos e causas suspensivas

Em relação aos impedimentos matrimoniais existe uma bifurcação entre os impedimentos absolutos (1.521, CC) e os impedimentos relativos, também chamados de causas suspensivas (1.523, CC). A diferença é que nas causas suspensivas o casamento recebe uma sanção de natureza patrimonial, de modo que o casamento só pode ser realizado no regime da separação total de bens e no impedimento, propriamente dito, o casamento é nulo (DIAS, 2013, p. 164).

As causas suspensivas são: a) o viúvo ou a viúva que tiver filhos do cônjuge falecido, enquanto não for feito o inventário e partilha dos bens deste; b) o divorciado, enquanto não homologada ou decidida a partilha dos bens relativos ao casamento anterior; c) o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não tiverem sido aprovadas as contas devidas ao término da tutela ou curatela; d) a viúva ou mulher cujo casamento se desconstituiu por nulidade ou foi anulado, até 10 meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal.

Contudo, não devemos confundir a “incapacidade para o casamento” com o “impedimento matrimonial”. A incapacidade para o casamento “é a inaptidão genérica frente a qualquer pessoa, ou seja, alguém que não pode casar com quem quer que seja”, ela subdivide-se em “relativa” que é aquela que pode ser suprida judicialmente e “absoluta” quando essa possibilidade não existe. Assim, as pessoas casadas possuem incapacidade absoluta para o casamento, mas um adolescente de 16 anos possui uma incapacidade relativa para o casamento, pois a denegação do consentimento dos pais pode ser suprida judicialmente, na inteligência do art. 1.519, CC. O impedimento propriamente dito é a “é a impossibilidade de alguém casar com determinada pessoa”. Ou seja, existe a possibilidade de casar, inclusive a capacidade de casar com qualquer pessoa, mas aquela única é proibida. É o caso, por exemplo, do casamento de ascendente e descendente onde o impedimento existe para evitar o incesto (DIAS, 2013, p. 164-165).

De acordo com Fábio Ulhôa, o impedimento para o casamento em sentido estrito têm por objetivo impedir que o casamento entre em conflito com valores que o ser humano cultiva, alguns destes impedimentos estão relacionado a fatores biológicos, outros a fatores jurídicos, outros a questões de tradição ou a questões morais (COELHO, 2012, p. 33). O art. 1.521 do Código Civil lista as sete situações que impedem o casamento, são elas:

Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; **VI - as pessoas casadas**; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. **(grifo nosso)**

O artigo é muito claro não persistindo qualquer dúvida sobre essas situações. Destaca-se o impedimento absoluto relacionado às pessoas casadas inserido no inciso VI que é motivado pela adoção de regime monogâmico no direito brasileiro, o “primado da monogamia”, de tal magnitude que até nos dias atuais a bigamia constitui crime inscrito no art. 234 do Código Penal. O casamento exige que os dois noivos se encontrem no estado civil de solteiros, divorciados ou viúvos. Portanto, apenas o divórcio ou o falecimento do cônjuge põe fim ao casamento válido e o casamento que se realizar apesar do impedimento é nulo (COELHO, 2012, p. 36).

Qualquer pessoa capaz que conhecer um impedimento para um determinado casamento tem a liberalidade de apresentar oposição por meio de “declaração escrita e assinada e com a indicação das provas” até o momento da celebração do casamento, motivo

pelo qual a cerimônia deve obrigatoriamente ser realizada a portas abertas. Após a celebração do matrimônio nulo, os interessados ou o Ministério Público podem, a qualquer tempo, pedir a declaração de nulidade por meio da ação de anulação de casamento (DIAS, 2013, p. 166) (COELHO, 2012, p. 37).

2.2 Concubinato

O concubinato, também chamado de “união livre”, é a relação clandestina e não eventual entre homem e mulher impedidos de casar, portanto resta indubitável que não pode ser considerado uma unidade familiar. Apesar de, em sua origem possuir as mesmas bases que a união estável, tais institutos distanciaram-se, quando do advento do código civil de 2002, que em seu artigo 1727 conceitua e delinea o concubinato, diferenciando-o da união estável (DINIZ, 2010, p. 887).

O fato da relação concubinária não ser uma “relação familiar”, implica em não produção de efeitos no campo dos direitos decorrentes do direito de família, de modo que não há que se falar em regime de bens, sucessão ou alimentos (DINIZ, 2010, p. 887). Diferencia-se do casamento e da união estável principalmente pela liberdade de descumprir os deveres inerentes à relação familiar, por isso ele pode ser rompido a qualquer instante, qualquer que seja o tempo de duração, sem que por motivo dessa simples ruptura assista ao concubino abandonado o direito de indenização (GONÇALVES, 2014, p. 610).

Antes do CC/2002, o Código Civil de 1916 já disciplinava o concubinato quando previa que a doação e a disposição testamentária, quando em benefício da concubina, seriam nulas. É forçoso constatar que o CC/1916 em nenhum momento diferencia união estável de concubinato e também não concedia direitos à “concubina”, mas indiretamente reconhecia sua existência e lançava regras para proteger os bens da família matrimonializada (DIAS, 2013, p. 173).

O próprio termo “concubinato” é extremamente pejorativo, razão pela qual foi afastada a classificação do CC/1916 entre “concubinato puro” e “impuro”, que hoje deu lugar a classificação “união estável” e “concubinato”, apenas. Assim, concubinato impuro era a relação entre pessoas impedidas de casar, a exemplo dos parentes em primeiro e segundo graus ou da pessoa casada e, o denominado concubinato puro, atualmente denominado “união estável”, a situação em que os companheiros não tinham impedimentos para se casar, mas não se casavam por algum motivo.

Atualmente, o concubinato é tratado pela jurisprudência como sociedade de fato e a ação é julgada na vara cível e não na vara de família (nas cidades onde existem), por não se tratar de direito de família. Nesse passo, gera efeitos jurídicos quando, na constância da relação concubinária existiu o esforço comum e busca-se a partilha de tais bens aplicando-se a súmula 380 do STF, além da vedação ao enriquecimento sem causa. Como bem ilustra a jurisprudência abaixo descrita, de relatoria do Min. Fernando Gonçalves (VENOSA, 2007, p. 37) (RODRIGUES, 2004, p. 263).

CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. 1. Segundo entendimento pretoriano, "a sociedade de fato entre concubinos é, para as consequências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo, porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica." 2. Recurso não conhecido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2005.)

Da leitura da jurisprudência acima podemos observar que mesmo no concubinato adúlterino, moralmente censurável, quando provado o esforço comum, permanece sobre a guarida do direito no tocante às relações obrigacionais que dele decorrem. O STJ aloca o concubinato enquanto sociedade de fato e, portanto, não o confunde com a sociedade conjugal, e "divide os bens" baseando-se, principalmente no princípio do direito civil brasileiro que veda o "enriquecimento sem causa". Seria extremamente injusto que, em uma relação concubinária na qual as duas partes contribuíram para a compra de uma imóvel, por exemplo, apenas uma das partes ficasse com a propriedade do imóvel quando do fim da relação.

Ademais, apesar de que na união concubinária decorrem obrigações de cunho patrimonial quando provado o esforço comum, alguns direitos são vedados:

- a) as doações e transferências de bens são proibidas entre os concubinos. O art. 550, CC c/c 1.642 proíbem expressamente as doações e transferências de bens móveis e imóveis do cônjuge adúltero ao concubino e prevê a possibilidade de tais doações ou transferências serem anuladas até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal;
- b) é vedado ao concubino ser beneficiário do contrato do seguro de vida;
- c) não pode o concubino ser nomeado herdeiro ou legatário do testador casado nos termos do artigo 1.801, III do Código Civil;
- d) veda-se a conversão do concubinato em matrimônio nos termos do art. 1.521, VI por existir impedimento matrimonial para a pessoa casada. Entretanto, nada

impede que após o divórcio ou a separação de fato, os concubinos celebrem casamento;

- e) os alimentos não existem na relação concubinária enquanto mandamento jurídico pois tal poder-dever é exclusivo das relações familiares;
- f) no caso de morte ou acidente do cônjuge adúltero, o concubino não tem direito à indenização, seguro DPVAT, seguro desemprego, ajuda de custo nem qualquer outra verba dessa natureza;
- g) é vedado aos concubinos promoverem entre si a ação de interdição, na inteligência do art. 1.768, CC, entre outros.

Nota-se que tais vedações possuem ligação direta com o fato de a relação concubinária ser uma união de fato, mas não uma relação conjugal e portanto, está a margem da proteção estatal para as famílias.

2.3 União estável

A legislação é silente a respeito do conceito de união estável. Enquanto a Constituição Federal limita-se a reconhecer como entidade familiar a união estável, o Código Civil, apenas repete tal registro e nos fornece algumas características como o “objetivo de constituir família” e a necessidade da “convivência pública, contínua e duradoura”.

Maria Berenice Dias nos lembra que não é nada simples conceituar união estável e que nisso consiste o grande desafio do direito de famílias contemporâneo. Esclarece que para entendermos o que é união estável, precisamos entender o que é família com todas as suas atuais transformações sociais e culturais (DIAS, 2013, p. 176). Cientes desse desafio, traçaremos o conceito posteriormente, pois dependendo do conceito adotado, viabiliza-se ou não a “união estável paralela”, problemática desta dissertação.

No início do instituto da união estável ele não era reconhecido como unidade familiar. Era tido como imoral pela jurisprudência, doutrina e legislação e, portanto, não merecia guarida no campo jurídico, tendo em vista que, prestigiar esse relacionamento seria desprestigiar a “família legítima” advinda do casamento. Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a reconhecer a união estável enquanto entidade familiar em seu art. 226, §3º. Atualmente, a União Estável também é regulamentada pelo Código Civil, onde foi pormenorizada entre os seus artigos 1723 e 1726, entretanto como já citado anteriormente, no início da regulamentação no direito brasileiro da união estável, ela se

confundia com a noção de concubinato. Sobre essa temática, traçamos alguns comentários no subitem 2.2.

Com o passar do tempo, percebeu-se que nem todas as pessoas que não estavam casadas, necessariamente se relacionavam como amantes, existiam pois, pessoas que apesar não existir nenhum impedimento, não se casavam por opção e ainda assim mantinham uma espécie de relação conjugal baseada no afeto, respeito mútuo e companheirismo. O que leva ao reconhecimento da união estável pelo sistema jurídico brasileiro enquanto entidade familiar e, conseqüentemente a proteção enquanto família.

Os primeiros direitos reconhecidos aos companheiros foram direitos previdenciários, mais especificamente às companheiras pelo momento histórico e cultural da época, quando as mulheres ainda não haviam alcançado os níveis de independência da atualidade. Na seqüência, os tribunais começaram a reconhecer aos companheiros direitos a indenização por serviços domésticos prestados. Tal situação, apesar de impensável aos dias atuais, era a única saída que os magistrados da época encontraram para “fazer justiça” àquelas mulheres que, mantinham uma união estável propriamente dita nos moldes atuais, mas pela falha na regulamentação do instituto, viam-se esquecidas pelo direito de família. Atualmente, a concessão de indenização por serviços prestados corresponderia em negar a natureza familiar da união estável (DIAS, 2013, p. 173-174) (GONÇALVES, 2014, p. 616-617).

O enunciado sumular 380 do STF de abril de 1964 inaugurou um novo momento para a união estável, ao prever que: “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”. Assim, os companheiros passaram a ser considerados “sócios”, garantindo o direito de partilha do patrimônio adquirido por esforço comum, equiparando a união estável a uma sociedade de fato. Vale destacar que, a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum não implicaria na divisão em partes iguais, mas na percentagem em que cada um contribuiu onerosamente para a construção deste patrimônio (DIAS, 2013, p. 174).

Podemos observar na jurisprudência abaixo transcrita a utilização da súmula 380 do STF, quando em separação judicial litigiosa, terceiro interessado, qual seja o concubino, adentra no processo pretendendo a partilha do imóvel, mas pela falta de evidências que comprovem o esforço comum não obtém êxito. Atualmente, não é necessário o esforço comum na união estável para a partilha dos bens, mas mantem-se a súmula 380 nos casos de concubinato por se tratar de sociedade de fato. De qualquer modo, a possibilidade de partilha da súmula 380 representou um grande avanço na história do instituto da união estável.

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. PARTILHA DOS BENS ENTRE OS CÔNJUGES. RECURSO DE APELAÇÃO DEDUZIDO POR TERCEIRO PREJUDICADO. ALEGAÇÃO DE QUE VIVEU EM CONCUBINATO COM O VARÃO. PRETENSÃO DE PARTILHA DE BEM IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DE ESFORÇO COMUM PARA A AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. SÚMULA 380 STF. 1. Incogitável se revela pretensão deitada em sede de recurso de apelação, aviado por terceiro prejudicado, no intento de colher provimento jurisdicional direcionado à partilha de bem imóvel, supostamente adquirido quando vivera em concubinato com o varão. 2. É que o concubinato, por si só, não gera a existência de uma sociedade de fato de fins econômicos. Imperiosa se mostra a efetiva demonstração de que os bens adquiridos durante a convivência em comum tenham sido pela agregação de esforço de ambos, ou, em outras palavras, que o patrimônio tenha defluído do trabalho conjugado dos concubinos, mediante cooperação em dinheiro ou em serviços e trabalhos que tenham conteúdo econômico (SÚMULA 380 STF). 3. RECURSO IMPROVIDO (DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça, 2005). Grifo nosso.

Como já citamos anteriormente, foi apenas a Constituição Federal de 1988 que criou, no Brasil, a união estável, declarando-a destinatária de proteção do Estado, proibindo as decisões judiciais que discriminassem o convivente/companheiro e não lhe reconhecessem os mesmos direitos do cônjuge/casado. Antes do código civil de 2002, duas leis esboçaram uma tentativa de regulamentar a união estável, a Lei n.º 8.971/94 e a Lei n.º 9.278/96 (DINIZ, 2010, p. 881).

Em 1994, a Lei n.º 8.971/94 reconheceu aos companheiros o direito aos alimentos e certos direitos sucessórios, mas o reconhecimento da união estável dependia da comprovação de convivência de pelo menos cinco anos ou prole comum seriam companheiros, portanto, “o homem e a mulher que mantenham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados, judicialmente, divorciados ou viúvos por mais de cinco anos ou prole comum” (GONÇALVES, 2014, p. 613).

Dois anos depois, a Lei n.º 9.278/96, amplia a proteção estatal das uniões estáveis afastando a necessidade dos requisitos de intervalo temporal de cinco anos de convivência e da descendência comum, e passa a definir a união estável a partir do objetivo dos companheiros de constituir de família, sua característica principal até os dias atuais (COELHO, 2012, p. 99 - 100).

O CC/2002 revoga as Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96, incluindo significativas mudanças, mas incorpora os princípios básicos dessas leis, reservando cinco artigos para tratar da “união estável e seus efeitos, como inovação e consequência de seu reconhecimento como entidade familiar pela Constituição Federal”. Trata, nestes dispositivos, dos aspectos pessoais e patrimoniais, deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório. Em consequência da equiparação entre os institutos da união estável e casamento, aplicam-se os mesmos princípios e normas atinentes (GONÇALVES, 2014, p. 615).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. DE CUJUS COM IDADE SUPERIOR A SETENTA ANOS. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO. REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS. COMUNHÃO DOS BENS ADQUIRIDOS. SÚMULA 377 DO STF. LEGITIMIDADE DA COMPANHEIRA. 1. Em atenção à necessária **igualdade entre os institutos da união estável e do casamento, prevista no artigo 226, § 3º**, da Constituição da República, impõe-se, por interpretação sistemática, o regime obrigatório de separação de bens aos que estabelecem união estável com mais de sessenta anos. 2. No regime obrigatório de separação de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância da união estável, conforme a orientação da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual a companheira deve participar nos autos de inventário. RECURSO DESPROVIDO (PARANÁ, Tribunal de Justiça, 2010).

Deixando de lado a discussão a respeito das divergentes opiniões a respeito da constitucionalidade ou não da obrigatoriedade do regime de bens de separação total aos maiores de setenta anos, o que se pretende aqui é ressaltar a igualdade de tratamento oferecido aos casados e aos companheiros. E, incisiva no particular é a jurisprudência acima citada quando apregoa a igualdade entre os institutos da união estável e do casamento. No caso em análise, a Relatora Vilma Rezende aplica à união estável o regime de separação obrigatória por se tratar de pessoa com mais de setenta anos, situação expressamente prevista pelo código civil no art. 1641, II para o casamento, mas não mencionado nos artigos que regulam a união estável.

A união estável gera direitos e deveres. Um exemplo de poder-dever são os alimentos assegurados por lei o direito ao companheiro que deles necessitar, devendo pedir ao outro nos termos do art. 1.694, CC. Na inteligência do art. 1.724, CC “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”, de modo que os companheiros têm o recíproco dever de lealdade, respeito e assistência e estão obrigados à guarda, sustento e educação dos filhos. Em relação aos filhos, os conviventes são igualmente responsáveis pelas despesas com a criação, alimentação, lazer e educação dos filhos e, advinda separação do casal, devem entrar em acordo acerca do regime de guarda e visitas, pois a quebra da relação em nada afeta ao pátrio poder e caso não cheguem a um acordo, o fato deve ser submetido a apreciação judicial.

“Os direitos e deveres dos conviventes numa união estável não se diferenciam dos decorrentes do casamento. Os bens adquiridos na constância da união são da copropriedade dos companheiros, salvo se haviam estipulado de modo diverso no contrato de convivência. O companheiro que necessitar de alimentos pode pedi-los ao outro. Acerca dos filhos, devem os conviventes se acertar sobre guarda, visita e sustento.” (COELHO, 2012, p. 104)

Em relação ao regime de bens na união estável, nos termos do artigo 1725, CC/2002, “salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no

que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Podem os companheiros estabelecer regras próprias para o patrimônio por meio de um contrato que não precisa assumir a forma pública, pois pode ser contrato particular sem a necessidade de registro. E, em caso de inexistência de tal contrato, aplica-se o regime de comunhão parcial de bens, ou seja, comunicam-se os bens adquiridos na constância da união estável por título oneroso, ou por doação, herança ou legado em favor de ambos os companheiros. Ressalta-se a desnecessidade do esforço comum para a divisão igualitária dos bens.

Ressalta-se que, mesmo no tocante as questões sucessórias, a igualdade constitucional entre os institutos tem servido para questionar o tratamento diferenciado na repartição da herança quando se trata de casamento ou união estável. A jurisprudência abaixo é um recurso extraordinário de relatoria do Min. Roberto Barroso onde se discute a aparente colisão entre o art. 226, §3º, CF e o art. 1.790, CC/2002. O art. 1.790 seria uma ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, além de total afronta ao art. 226, CF.

Debate-se sobre a possível inconstitucionalidade do art. 1.790, CC/2002 que prevê direitos diferenciados, tais como direito de um terço da herança se o companheiro sobrevivente concorrer com parentes colaterais, enquanto o código civil prevê para o casamento, nas mesmas condições, a universalidade da herança ao cônjuge sobrevivente.

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida (BRASIL, Superior Tribunal Federal, 2015).

Maria Helena Diniz assevera que a diferença entre a união estável e o casamento é que este “inicia-se com a cerimônia nupcial, gerando efeitos a partir dela e extinguindo-se pela invalidação, divórcio ou morte” (DINIZ, 2010, p. 375). A respeito da diferença entre união estável e casamento, assevera Fábio Ulhôa que:

“a única diferença entre o casamento e a união estável diz respeito à facilidade da prova”, pois “enquanto o vínculo conjugal nascido do matrimônio prova-se pela exibição da certidão, o da **união estável depende de testemunhas**, juntada aos autos de **fotografias** (de eventos familiares e sociais), **documentos** (extratos bancários ou de cartão de crédito), **escritos** (missivas, bilhetes, cartões etc.) e eventualmente perícia. Abstraída, porém, a questão probatória, não há nenhuma diferença entre os direitos dos conviventes e dos cônjuges. É inconstitucional (...) o preceito que os trata de forma diferente na questão sucessória” (COELHO, 2012, p. 2010). **grifo nosso**

O entendimento do autor acima citado não está incorreto. É notório que existem diferenças no tocante aos proclamas, as formalidades, a celebração, a solenidade e até mesmo ao aspecto lúdico do casamento, pois nada disso faz parte da união estável. Na união estável não há formalismos, independe de qualquer solenidade, basta a convivência como “*se casados fossem*” de forma que, o vínculo jurídico pode ser reconhecido até mesmo *post mortem*. Entretanto, resta indubitável que com o passar do tempo os institutos da união estável e do casamento foram se aproximando no tocante as implicações jurídicas, impulsionadas tais transformações pela CF/88 que veda o tratamento desigual, e atualmente não há diferenças nas finalidades ou efeitos.

2.3.1 Características da união estável

O art. 1.723 do Código Civil de 2002 nos traz as características que constituem a união estável enquanto instituto familiar, quais sejam: o objetivo de constituir família, a convivência pública, contínua e duradoura, a diversidade de sexo e o desimpedimento.

Art. 1.723, CC/2002. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o **homem e a mulher**, configurada na **convivência pública, contínua e duradoura** e estabelecida com o **objetivo de constituição de família**.

§ 1º **A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521**; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. (grifo nosso)

Alguns autores elegem outras características, a exemplo da “honorabilidade” que consistiria na necessidade do instituto da união estável ser pautada no respeito e afeto mútuo, ou ainda a “fidelidade ou lealdade”, que revelaria a intenção da vida em comum e a “posse do estado de casado”, pois a quebra da fidelidade e lealdade, apesar de não consistir ilícito penal, implicaria em uma união não vinculatória e desonesta, algo que poderia ser denominado de “amizade colorida” e, portanto, inconciliável com a natureza da união estável (DINIZ, 2010, p. 387). Este trabalho não se filia a esse entendimento, pois respeito, fidelidade e lealdade possuem conceitos muito largos, o que daria margem a uma interpretação subjetiva, do que poderia ou não, ser classificado como “união estável”. O respeito, a fidelidade e a lealdade são direitos e deveres recíprocos elencados no art. 1.724, CC, mas não características ou requisitos para a configuração do instituto.

Também é muito comum encontrarmos na doutrina, inseridas dentre as características de união estável, a coabitação e a colaboração. Entretanto, observa-se que a

residência sobre o mesmo teto nem sempre é possível, há no caso prático, por exemplo, os impedimentos de quem possui uma profissão que requer constantes viagens, ou mesmo a residência fixa em cidade diferente do cônjuge ou companheiro, e seria injusto e mesmo ilógico supor que tais indivíduos sejam impedidos de casar ou de manter uma união estável. Em relação a colaboração, ocorre o mesmo, seria uma ingerência inconstitucional de o Estado impor aos companheiros que os dois deveriam trabalhar, ou dividir os custos e deveres domésticos igualmente (DINIZ, 2010, p. 389-390).

A súmula 382 do STF reforça tal entendimento quando proclama que a vida em comum sob o mesmo teto, “*more uxório*”, não é indispensável à caracterização do concubinato. Apesar de a súmula utilizar o termo “concubinato”, trata-se de uma imprecisão vocabular, pois a súmula se refere à união estável.

Ressalta-se que as características são coisa diversa dos indícios utilizados pela jurisprudência para identificar a união estável no caso concreto quando há discussão a respeito de sua existência. De modo que, podem claramente ser considerados indícios fortes de uma união estável o tempo de relacionamento, a existência de prole comum, a dependência financeira, a existência de contrato escrito, testemunhas do relacionamento, fotos do casal, coabitação, mesmo plano de saúde, entre outros, sem que nenhum desses indícios possa, com rigor cartesiano, ser encontrado em todas as uniões estáveis.

A afetividade também não é característica da união estável mas sim a essência, bem como de toda entidade familiar, visto que é esse o princípio e o objetivo da família mas não serve para diferenciar a união estável de qualquer outra entidade familiar, ela existe no casamento, na família monoparental, na família anaparental e em todas as outras famílias.

As características do instituto da união estável serão pormenorizadas a seguir:

a) objetivo de constituir família (*affectio maritalis*):

Este é o requisito mais importante da união estável, tendo em vista que é em função desse objetivo que a ordem jurídica confere ao relacionamento conjugal não formalizado a proteção merecida pelas famílias (COELHO, 2012, p. 100). É, pois o objetivo de constituir família, que diferencia o mero namoro da união estável ainda não formalizada. Berenice Dias adverte que o objetivo de constituir família é um “pressuposto de caráter subjetivo” e por isso, torna-se difícil diferenciar objetivamente o a união estável de um namoro, de modo que, por vezes em um relacionamento ocorre de um acreditar que está em uma união estável, enquanto o outro acredita estar apenas namorando (DIAS, 2013, p. 180-181).

Por ser um elemento subjetivo muitas vezes é difícil provar tal *animus*, mas quando há um contrato tal dificuldade não existe. O objetivo de constituir família resta provado quando os conviventes celebram o contrato de convivência ou declaram por outro modo (escrito ou oral) a intenção de constituir família. Desse modo, a exibição do contrato ou a prova da declaração criam a presunção da união estável.

A dificuldade está em provar a existência de tal requisito quando não foi celebrado contrato de convivência e inexistem outras declarações que atestem a constituição da família, de modo que, a *affectio maritalis* só pode ser demonstrada por indícios. Nesse caso, um dos elementos mais significativos que representa um forte indício do *affectio maritalis*, embora também não seja determinante, é a coabitação. Ressalta-se, como já anteriormente citado, que morar junto não é essencial para configurar união estável (COELHO, 2012, p. 101).

Outro elemento útil na pesquisa da intenção dos sujeitos de um relacionamento amoroso diz respeito à prole comum. Mais uma vez, não é determinante, pois existem uniões estáveis em que os conviventes não desejam filhos, formando-se a família, aqui, tão só pela relação horizontal, assim como existem pessoas com filho comum que não pretendem conviver como família (COELHO, 2012, p. 101);

a.1) contrato de namoro:

O renomado doutrinador Fábio Ulhôa afirma que a diferença entre namoro e união estável é que, enquanto na união estável é “indispensável à vontade comum de fundar uma família” no namoro ainda não é claramente definido esse *animus*, adverte inclusive que mesmo em longos namoros, onde o casal sempre frequenta eventos sociais e familiares, “devotam mútua exclusividade sexual” e “chegam mesmo a residir sobre o mesmo teto, não se configura a união estável quando inexistente a intenção de constituir família” (COELHO, 2012, p. 100).

Alguns advogados aconselham os clientes a firmarem com os namorados um contrato de namoro. O objetivo é documentar a declaração da falta de intenção de constituir família, e com isso facilitar a prova da inexistência de união estável, se vier a ser discutida a questão em juízo. **O contrato de namoro não prevalecerá, evidentemente, quando provado o preenchimento dos requisitos legais da união estável ou mesmo se demonstrado que aquela intenção originária alterou-se com o tempo.** Assim é porque **o decisivo à configuração de determinado relacionamento como namoro ou união estável são as características que o cercam, e não os documentos firmados pelas partes.** Mesmo a exibição do instrumento escrito de contrato de convivência não prevalece diante da prova de que a união pretendida não sobreviveu aos primeiros meses, faltando-lhe por isso o requisito da durabilidade (COELHO, 2012, p. 100). (grifo nosso)

Na citação acima, podemos verificar o objetivo de contrato de namoro, qual seja: “documentar a declaração da falta de intenção de constituir família” dos namorados. Resta indubitosa a validade jurídica do contrato de namoro, entretanto tal documento não pode servir de subterfúgio para fraude, visto que não é lícito que uma união estável seja mascarada de namoro por meio de um documento. Ressalta que, nesses casos, esvazia-se o efeito do contrato de namoro;

b) convivência duradoura:

A própria denominação, convivência duradoura, denota que só se caracteriza o vínculo na união estável quando ela perdura por tempo considerável, “a relação não deve ser efêmera, circunstancial, mas sim prolongada no tempo e sem solução de continuidade” (DIAS, 2013, p. 180). Se o casal declara, inclusive mediante a assinatura de contrato de convivência, ter a intenção de constituir família, mas não conseguem conviver maritalmente, a união estável não se constituiu (COELHO, 2012, p. 101).

A lei não fixa prazo certo para considerar duradoura a convivência, ficando a questão ao prudente arbítrio do juiz. Rememora-se que a Lei n.º 8.971/94 havia estabelecido o prazo de 5 anos, mas ele foi superado com o advento da Lei n.º 9.278/96 por que se observou que o prazo possibilitava tentativas de fraude, e excluía, injustamente, indivíduos que deveriam ser amparados. Assim, cada relacionamento apresentará suas marcas, a partir das quais, o juiz decidirá se o requisito da durabilidade foi atendido. Com esse requisito, a lei objetiva apenas descartar os vínculos precários do cenário das uniões estáveis;

c) convivência contínua:

Outro requisito legal relacionado ao tempo de convivência é o da continuidade. De tal modo que, para que a união estável se caracterize, não podem ocorrer interrupções significativas no decurso do prazo do relacionamento destinado à constituição de família. Uma ou outra breve interrupção, motivada por desentendimentos pontuais e posteriormente superados, não descaracteriza a união estável. O que a lei quer evitar é a quebra da estabilidade em razão de períodos mais ou menos longos, em que a convivência deixou de existir (COELHO, 2012, p. 101);

d) Convivência pública:

A convivência pública é aquela que não é clandestina ou oculta. Assim, para configurar-se a união estável, o relacionamento entre os conviventes não pode permanecer em sigilo, pois os encontros furtivos ou secretos são característicos do concubinato. A publicidade da união não significa que é obrigado ao casal ser conhecido por toda a sociedade, ou seja, o casal pode ser discreto e a divulgação do relacionamento apenas dentro

de um círculo. O que é estranho à natureza da união estável é que nos eventos sociais, ou em encontros ocasionais com família, amigos e conhecidos o casal deixe de apresentar-se como companheiros ou marido e mulher, e apresentem-se como meros namorados ou sequer isso (DINIZ, 2010, p. 385) (COELHO, 2012, p. 102);

e) Diversidade de sexo:

Apesar do Superior Tribunal de Justiça já ter reconhecido a união estável para casais do mesmo sexo na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ambas com efeito vinculante, ainda existe ainda muita divergência doutrinária a respeito da questão da diversidade de sexo como requisito da união estável.

Existem duas correntes, uma interpreta na literalidade e, portanto exige-se diversidade sexual e pessoas do mesmo sexo não poderiam constituir união estável. Podemos citar doutrinadores que seguem esta corrente, como Silvio de Salvo Venozza, Álvaro Villaça Azevedo, Fábio Ulhôa Coelho e Maria Helena Diniz. Em consequência desse entendimento temos a impossibilidade jurídica do pedido de ação de reconhecimento de união estável, a adoção conjunta não é possível, não se pode declarar o companheiro no seguro saúde e os problemas patrimoniais surgidos na relação homoafetiva deveriam ser resolvidos na vara cível.

A segunda corrente, da qual podemos incluir o STJ, a grande maioria dos doutrinadores do direito de família, bem como Maria Berenice Dias, Giselda Hironaka e o próprio IBDFAM, entende que o texto constitucional não é literal. O art. 226, §3º apenas exemplifica a união estável entre o homem e a mulher, mas não impede a união homoafetiva. Nesse sentido, a união estável entre pessoas do mesmo sexo é plenamente admitida e recebe todas as regras da união estável heterossexual, a exemplo da partilha de bens por força do regime; o direito a alimentos por força do Código Civil; proteção sucessória e possibilidade de adoção conjunta. Desde 2013 os cartórios de todo país são obrigados a realizar união estável homoafetiva por força da Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, CNJ, mas o Congresso Nacional ainda se furta de legislar a questão das uniões homoafetivas.

f) Desimpedimento:

Importam aqui os impedimentos propriamente ditos, pois as causas suspensivas do art. 1.523, CC não impedirão a descaracterização da união estável, é o caso, por exemplo, do art. 1.523, II onde estaria impedida ao casamento ou união estável “a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal”.

A união estável pega emprestado os impedimentos do casamento, já esmiuçados no subitem 2.1.1 desde capítulo, com a única exceção referente às pessoas separadas de fato. Assim, da leitura do §1º do art. 1.723, CC observa-se que, mesmo que um indivíduo ainda seja casado, desde que, separado de fato, é possível manter uma união estável. Ilustra a situação mencionada aquele caso em que o indivíduo não convive mais com o cônjuge, abandonou o matrimônio em todos os seus aspectos, mas por algum motivo, ainda não oficializou o divórcio nem por meio de escritura pública, nem por sentença judicial.

Assim, não podem constituir união estável os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta, ou seja, sogro e nora, sogra e genro, padrasto e enteada, madrasta e enteado, observando-se que o vínculo de afinidade resulta tanto do casamento como da união estável, como dispõe o art. 1.595, *caput*; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, os colaterais até o terceiro grau inclusive, e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte (GONÇALVES, 2014, p.629).

Podemos observar por meio da leitura da citação acima que somente pessoas desimpedidas podem conviver em união estável e quem transgrede uma dessas regras não pode constituir uma união estável, mas apenas uma união concubinária. Observa-se ainda que essas regras estão relacionadas a valores antigos na civilização humana, principalmente a ocidental, como a monogamia, o que não quer dizer que estejam ultrapassados.

A respeito da hipótese de impedimento relacionado às pessoas casadas, é requisito de existência da união estável que nenhum dos dois companheiros possua um vínculo de conjugalidade anterior e ainda não desfeito em obediência a equidade entre união estável e casamento e, portanto em obediência à monogamia. A esse respeito, entende Carlos Roberto Gonçalves:

“Os impedimentos baseados no interesse público e com forte conteúdo moral, que representam um obstáculo para que uma pessoa constitua família pelo vínculo do casamento, são aplicáveis, também, para os que pretendem estabelecer família pela união estável. **Quem não tem legitimação para casar não tem legitimação para criar entidade familiar pela convivência, ainda que observe os requisitos do caput do art. 1.723 do Código Civil**” (GONÇALVES, 2014, p. 629) grifo nosso

Em outros termos, no direito brasileiro, assim como ninguém pode ser casado duas vezes (bígamo), também não pode manter simultaneamente um casamento (convivendo com o cônjuge) e uma união estável, nem duas uniões estáveis. Para Ulhôa, em respeito a regra da monogamia, o relacionamento não eventual que alguém mantém em paralelo ao seu casamento ou união estável seria caracterizado como mero concubinato.

A monogamia exige que a pessoa casada ou em união estável se divorcie juridicamente ou de fato antes de entrar em nova relação, ocorre que, na prática isso nem sempre existe essa divisão simples entre um relacionamento e outro. Algumas vezes o

segundo núcleo desconhece o primeiro, às vezes não e por vezes todos os envolvidos, ou seja, do primeiro e do segundo relacionamento coexistem.

Os impedimentos são baseados no interesse público e possuem forte conteúdo moral, ocorre que a moral muda com os costumes e o interesse público juntamente com estes últimos. Até alguns anos atrás fazia todo sentido que uma viúva não pudesse se casar em curto prazo, pois caso engravidasse não haveria como identificar a paternidade da criança como sendo do novo marido ou do falecido e a tal situação implicaria grande confusão e incertezas jurídicas no campo sucessório, ocorre que com o advento dos testes de DNA, o interesse público mudou, e já não mais importa para identificar a paternidade a “aparência”, mas a genética.

Do mesmo modo ocorre com a monogamia. A monogamia já foi um requisito do relacionamento conjugal, mas com a regulamentação do divórcio, ela foi relativizada, pois se viabilizou a monogamia sucessiva, deixando de existir o “até que a morte nos separe” que deu lugar para o “até que o divórcio ou a morte nos separe”. Outrossim, entende-se como uma ingerência descabida do Estado na vida do particular exigir que ele respeite a monogamia se o companheiro, que é o maior interessado, assim não o faz.

Logo, quando segue-se a linha de entendimento que prega que a monogamia é um princípio do direito de família e um impedimento matrimonial, o segundo núcleo só pode ser considerado concubinário. No entanto, a doutrina vanguardista observa que esse não se trata nem de uma coisa nem de outra pois a monogamia foi relativizada no direito brasileiro, e portanto, considerada nela mesma, a monogamia não é impedimento para a formação de um segundo núcleo, a qual denomina-se: família paralela.

2.3.2 Conversão da união estável em casamento

É sabido que a Constituição Federal/1988 recomendou que a conversão da união estável em casamento deveria ser facilitada. O que não possui efeitos práticos, pois não existe um procedimento simples para tal intento, mas por outro lado, abriu margem para que alguns doutrinadores passassem a esbravejar que a união estável é um degrau para o casamento. Assim vejamos:

“Falha, e muito o legislador em não estabelecer os critérios, os requisitos, as formalidades e os efeitos desse pedido, tornando, assim, inócua a previsão, ao fazer subsistir, nesse contexto, o conturbado ambiente normativo sobre o assunto, desenvolvido pelos tribunais mediante portarias e provimentos, no exercício da

Corregedoria dos Cartórios de Registro Civil, e às vezes conflitantes entre si.” (RODRIGUES, 2004, p. 283-284)

O objetivo da conversão seria que o casamento englobasse o tempo já vivido na união estável, protraindo os seus efeitos do tempo. Com a conversão, seria como se o casamento tivesse ocorrido quando surgiu a união estável. Daí que no tal pedido judicial os conviventes teriam que demonstrar a união e o seu termo inicial, requerendo, então, que a união comprovada fosse convertida em casamento. Ocorre que, com a determinação de que a conversão seja judicial e não administrativa, dificulta-se o procedimento em vez de facilitá-lo e, torna-se mais simples casar, do que pedir a conversão da união estável em casamento (GONÇALVES, 2014, p. 649-650).

Para Maria Helena Diniz a união estável não está equiparada ao casamento, pelo contrário, objetivo da união estável seria se tornar um casamento. Para a autora o art. 226, CF, ao reconhecer a união estável como entidade familiar fortaleceu o casamento por incentivar a conversão em matrimônio e por isso “não pleiteou a edição de leis substantivas que conferissem direitos e impusessem deveres aos conviventes como se a união estável fosse idêntica ao casamento”, por outro lado, exige “normas adjetivas que viessem a simplificar ou facilitar o procedimento para a conversão da união estável em matrimônio” (DINIZ, 2010, p. 403).

A questão da facilitação em conversão em casamento denota que o legislador infraconstitucional não deve colocar empecilhos para o casamento das pessoas que vivem em união estável, caso assim desejem. Não significa dizer que a lei protege os institutos de maneira diferentes, posto que a união estável não é um passo anterior ao casamento.

3 A UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO OU A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL

É consenso entre os civilistas o fato é que a família é um fenômeno social e natural preexistente ao casamento, de modo que, sempre existiram múltiplos arranjos familiares, e a sociedade contemporânea anseia pelos seus reconhecimentos. Importa questionarmos se a união paralela a um casamento ou a uma união estável pode ser considerada uma união estável, e por consequência, uma entidade familiar.

Neste capítulo vamos analisar o conceito e as características da família paralela e, por conseguinte, da união estável paralela. Posteriormente vamos analisar várias jurisprudências favoráveis e tantas outras contrárias ao reconhecimento da união estável paralela, bem como os fatos e os argumentos mais importantes na tomada de decisão de cada uma delas. Para tanto, serão eleitas jurisprudências significativas dos principais Tribunais de Justiça do Brasil, qual sejam, o TJ de Minas Gerais, o TJ de São Paulo, o TJ do Rio Grande do Sul, o TJ de Brasília e o TJ do Rio de Janeiro, bem como jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e por último, mas não menos importante o exame da Apelação Cível nº. 19048/2013 de Relatoria do Des. Lourival Serejo representando TJ do Maranhão.

Quando da análise, serão devidamente evidenciados na fundamentação das decisões jurisprudenciais as conclusões do conteúdo apresentado nos dois capítulos anteriores, ou seja:

- a) a pluralidade familiar atual em detrimento da unicidade do casamento superada pela Constituição Federal de 1988;
- b) os princípios do direito de família, principalmente o princípio da afetividade, que atualmente é o mais importante princípio do direito de família;
- c) a equidade entre união estável paralela e casamento prevista no art. 226, CF;
- d) as diferenças atuais entre o concubinato e a união estável;
- e) o conceito e as características da união estável, bem como a relativização do impedimento matrimonial e;
- f) a superação da monogamia enquanto princípio informador do direito de família.

Existe grande divergência sobre a possibilidade da concomitância de arranjos familiares conjugais, os quais são objeto de estudo no trabalho em questão. O cerne da

questão é sopesar moral e ética para tentarmos identificar se é mais importante o que é “correto” ou o que é “justo”. Não há solução simples. Se um lado, temos o instituto da união estável que, igualado ao casamento e aos seus impedimentos (art. 1521, VI, CC), traz em seu histórico a impossibilidade da simultaneidade de relacionamentos e, de outro lado, temos a situação fática, a realidade que se impõe de indivíduos que, apesar de impedidos, vivem “como se casados fossem” esquecidos pelo ordenamento jurídico.

Observa-se na doutrina do direito de família um crescente interesse pelo assunto da família paralela. Alguns autores seguem ignorando completamente o tema, outros o enfrentam o tema, por vezes entendendo da possibilidade, e por tantas outras explicando a impossibilidade. Nos manuais de alguns doutrinadores de direito de família a menção ao tema ainda é tímida, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves em seu livro de 2014. Entretanto nas decisões jurisprudenciais e discussões acadêmicas o tema é muito presente, observa-se uma verdadeira enxurrada de livros e artigos sobre o tema nas livrarias especializadas, em revistas jurídicas, em sites jurídicos na internet e nos eventos de direito civil.

A professora Berenice Dias indica que existem várias expressões para identificar a concomitância de duas entidades familiares, entretanto, todas elas são pejorativas e alvos de repúdio social, legal e judicial: concubinato impuro, adúltero, impróprio, espúrio, de má-fé, concubinagem (DIAS, 2013, p. 47).

A família paralela, como o próprio nome já denuncia, é aquela que se forma em paralelo a uma família conjugal pré-constituída, ou seja, é aquela que surge simultaneamente a um casamento ou a uma união estável. Pela própria natureza do casamento, não há possibilidades de cogitarmos que esse segundo núcleo possa ser recepcionado no ordenamento com a natureza jurídica de um segundo casamento, até porque, implicaria em bigamia, punível no art. 235 do Código Penal.

Entretanto, apesar da proibição legal, o Estado não tem meios de vetar a existência de uniões estáveis simultâneas a um outro relacionamento, que de qualquer forma se constituem e, não é possível dizer que elas não existem porque são invisíveis ao direito. Nesse ínterim, Berenice Dias afirma que com ou sem impedimentos a sua constituição, esses relacionamentos merecem proteção e não devem ser ignorados os efeitos internos ou externos dessa (DIAS, 2013, p. 184).

Também a respeito da divergência doutrinária a respeito da possibilidade ou não do reconhecimento da união estável paralela, a doutrinadora Giselda Hironaka se manifesta a favor, “com consequências jurídicas e protetivas, em muitos dos casos”. Ela argumenta que no relacionamento familiar conjugal a “verdadeira entidade familiar, conforme descrição

constitucional” depende apenas da verificação dos seguintes requisitos: “a afetividade e a busca da felicidade”. Desse modo, é simples a conclusão a respeito da licitude da família paralela, e por consequência, é merecedora de igualdade de direitos e deveres em relação ao núcleo familiar primitivo (HIRONAKA, 2013, p. 202).

3.1 União estável putativa

União estável putativa é aquela que, a semelhança do casamento putativo, o companheiro contrai de boa-fé a união estável, ignorando o impedimento matrimonial do outro. Ocorre que, a fronteira entre a boa-fé e a má-fé é tênue, podendo ser praticamente invisível, dessa maneira, esse requisito deve ser afastado. Berenice Dias nos chama a atenção para o fato de que somente é exigida a boa-fé da “outra”, pois “o fato da esposa saber do relacionamento do marido não tem qualquer significado” e, quanto ao adúltero, “cuja má-fé é para lá de escancarada, nada lhe é imposto” (DIAS, 2013, p. 47-48).

Nesse sentido, a doutrinadora Berenice Dias tece os seguintes comentários sobre a família paralela:

"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 a existência, sob o fundamento de ausência do 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 irresponsabilidades e enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro. O resultado é mais que desastroso, é perverso:** nega divisão de patrimônio, desonera de obrigação de alimentar, exclui o direito sucessório. Com isso, se estará incentivando o surgimento desse tipo de união. Estar à margem do direito traz benefícios, pois não impõe nenhuma obrigação. Quem vive com alguém por muitos anos necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, àquele que vive do modo que a lei desaprova, simplesmente, não advém qualquer responsabilidade, encargo ou ônus. Quem assim age, em vez de ser punido, sai privilegiado. Não sofre qualquer sanção e acaba sendo premiado.” (DIAS, 2013, p. 184)

No trecho acima transcrito a autora elenca as consequências do não reconhecimento do vínculo de união estável paralela, quais sejam “afronta a ética, chancelando o enriquecimento injustificado”, de modo que essa negativa não os faz desaparecer, mas apenas privilegia o “bígamo”. Pois, como assinalada a ilustre doutrinadora, quem está a margem do direito não possui nenhuma responsabilidade, encargo ou ônus. Quem vive como se casado(a) fosse sem ter que dividir bens e pagar pensão está premiado e outro, por vezes de boa-fé, suporta todo o ônus quando findo o relacionamento pelo rompimento ou pela morte.(DIAS, 2013, p. 47)

Assim, o único prejudicado com a invisibilidade da família simultânea é o companheiro do segundo núcleo, como registra Letícia Ferrarine, “no imaginário social ainda

prepondera a ideia de que as relações paralelas ao casamento se caracterizam pelo triângulo amoroso formado pelo mito, no qual a esposa é santificada, o marido é vitimizado e “a outra”, por conseguinte, é satanizada” (FERRARINI, 2010 apud HIRONAKA, 2013, p. 204.)

Ressalta-se que não é todo relacionamento paralelo que pode ser considerado uma união estável, de modo que, o caso concreto deve ser analisado com muito cuidado. E, caso verificados a afetividade característica da família, bem como, todos os requisitos da união estável, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura com o intuito de constituir família, nesse caso, o impedimento matrimonial deve ser afastado em respeito a dignidade da pessoa humana, independentemente da existência ou não da boa-fé.

3.2 O estatuto das famílias

O Projeto de Lei n.º 2.285/2007, atualmente em tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, é de autoria do IBDFAM e tem por objetivo instituir o Estatuto das Famílias e prevê a unificação e criação de normas que protegem as novas configurações familiares, a partir da atualização da legislação de família endossando o conceito de família plural.

A CF/88 quando reconheceu a pluralidade familiar, entendendo que família não era apenas aquela advinda do casamento, mas também outras e exemplificou com a união estável e da família monoparental, possibilitando ao STF, em 2011, reconhecer a família homoafetiva. Nesse esteio, o Estatuto das Famílias é importante porque vai reunir num só instrumento legal toda a legislação referente à área do Direito de Família, além de modernizá-la. Constam do projeto não apenas as regras de direito material, mas também processual, para proporcionar às famílias brasileiras maior agilidade nas demandas jurídicas, indispensável quando se trata de direitos relacionados tão diretamente à vida das pessoas.

O projeto contempla a proteção de todas as estruturas familiares presentes na sociedade moderna inclusive a família paralela, motivo pelo qual ele vem sofrendo críticas. Abaixo, o art. 14 do Projeto de Lei “Estatuto das famílias” que se refere a família paralela:

Art. 14. As pessoas integrantes da entidade familiar têm o dever recíproco de assistência, amparo material e moral, sendo obrigadas a concorrer, na proporção de suas condições financeiras e econômicas, para a manutenção da família.

Parágrafo único. **A pessoa casada, ou que viva em união estável, e que constitua relacionamento familiar paralelo com outra pessoa, é responsável pelos mesmos deveres referidos neste artigo, e, se for o caso, por danos materiais e morais.**
grifo nosso

O projeto é uma iniciativa louvável do IBDFAM, pois desde 1988 com o advento da Constituição Federal muitas barreiras e preconceitos foram vencidos na área de família e o Estatuto seria uma compilação de todas essas alterações e uma ferramenta importante para o alcance de direitos sociais, como veremos a seguir, uma parcela significativa dos magistrados da área do direito de família divinizam o que está posto na lei.

Um dos argumentos contrários ao reconhecimento da união estável paralela é de que “o Estado não pode dar proteção a mais de uma família ao mesmo tempo”, o que não merece prosperar, pois também só privilegia o infiel (DIAS, 2013, p. 49). Entretanto, o argumento mais presente nas teses contrárias à união estável paralela é a monogamia. Nesse ínterim aloca-se o entendimento de Giselda Hironaka, que entende que a divergência doutrinária e jurisprudencial é provocada pelo “fato de se considerar a monogamia como princípio, ou como regra do direito de família, bem como do fato de se utilizar, na hipótese de aplicação de princípios, da técnica da ponderação principiológica” (HIRONAKA, 2013, p. 202).

3.3 A monogamia

Para Carlos Roberto Gonçalves o vínculo entre companheiros e cônjuges deve ser único em respeito ao caráter monogâmico da relação. De modo que é vedada a pessoa casada de fato ou em união estável constituir nova união estável, assim a relação paralela convivencial não pode ser outra coisa, senão uma união adulterina. Argumenta o autor que quando a Constituição e Código Civil fazem referência aos integrantes da união estável, sempre o fazem no singular (GONÇALVES, 2014, p. 630).

Tem primazia a família constituída pelo casamento e a outra união seria de caráter concubinário, e portanto a margem da proteção legal mais ampla que se concede à união estável. A verdade é que, afóra em hipóteses excepcionais, em tais casos geralmente a vivencia extrapatrimonial é mantida com reservas, sob certos sigilo ou clandestinidade. **Falta-lhe, pois, o indispensável reconhecimento social, até mesmo pelas discriminações que cercam esse tipo de amasiamento.** O mesmo se diga das uniões desleais, isto é, de pessoa que viva em união estável e mantenha uma outra ligação ou, quem sabe, até múltiplas relações de cunho afetivo (GONÇALVES, 2014, p. 614).

Para Rodrigo da Cunha Pereira a monogamia é um princípio orientador das relações familiares e atua como um “ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais”, pois “não se trata simplesmente de uma norma moral ou moralizante”. Entretanto, assevera o autor que o “avesso deste princípio, não significa necessariamente o horror de toda a organização social, ou seja, a promiscuidade”, por conseguinte, “traição e infidelidade não

significariam necessariamente a quebra do sistema monogâmico” (PEREIRA, 2012 apud HIRONAKA, 2013, p. 202-203).

Assim, importa dizer que embora o doutrinador Rodrigo da Cunha filie-se ao entendimento de que a monogamia é um princípio constitucional, explica que ele pode sofrer uma ruptura quando “a relação extraconjugal resultar na constituição de uma família que venha correr em paralelo com aquela outra família anteriormente constituída”. *In verbis*:

“(…) aquela outra família, paralela ao casamento ou à união estável, foi constituída de fato Tornou-se uma realidade jurídica. **Como é possível conciliar o justo e o legal, ou seja, como compatibilizar o princípio da monogamia com essas situações fáticas?**”. grifo nosso (PEREIRA, 2012 apud HIRONAKA, 2013. P, 203)

O Des. Lourival Serejo⁶ também entende que a monogamia é um princípio, mas por se tratar de uma questão de justiça, votou pela procedência do reconhecimento da união estável paralela no acordão da Apelação Cível nº. 19048/2013, onde foi o relator. Sobre a tomada de decisão na AC nº. 19048/2013 ele tece os seguintes comentários:

A questão da família paralela é uma exceção excepcionalíssima porque nós estamos diante de um ordenamento jurídico que adota a monogamia. Portanto, para contornar essa monogamia é preciso que exista uma força de fato, uma força jurídica muito forte para justificar tal entendimento. A força de fato nesse caso era uma convivência de 19 anos e um casamento falido em que não houve a dissolução do casamento talvez por conta da idade da esposa com quem ele tinha contato apenas uma vez por mês quando vinha a São Luís. Ela (a esposa), por sua vez, tinha o total conhecimento da união estável lá em Rosário. Tanto que ela tinha uma irmã lá e quando ia a cidade se hospedava com a irmã, sabendo que ele estava com a companheira na casa que ele tinha comprado pra ela. Então era uma situação de fato muito forte. **Com a morte dele (marido/companheiro), como é que o direito ia dizer não para ela (companheira)? Como? Se ali estava um fato notório e toda a cidade de Rosário tinha apenas ela (companheira) como a mulher dele? Isso seria uma questão de justiça. Ali a justiça afasta uma regra jurídica.** grifo nosso

Este trabalho filia-se ao entendimento da doutrinadora Berenice Dias, para quem a monogamia constitui tão apenas uma regra de orientação para a família. “Não se trata [a monogamia] de um princípio estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado” (RUZYK, 2005 apud DIAS, 2013, p. 63). A bem da verdade a monogamia nunca proclamou “sejam fiéis”, sempre foi “mulheres, sejam fieis”, e desse modo compôs o sistema de regras morais que vem entrando em desuso em decorrência das transformações sociais e no papel da mulher.

⁶ O Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa, da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão, foi o relator da “Apelação Cível nº. 19048/2013 (728-90.2007.8.10.0115) – Rosário” em julho/2014, uma decisão inédita no Maranhão, que por unanimidade, reconheceu como união estável um relacionamento paralelo ao casamento, onde a companheira sobrevivente pleiteava direitos patrimoniais após o falecimento do seu companheiro, que era casado. Tal apelação motivou a escolha da presente dissertação (Vide ANEXO A).

A doutriandora acrescenta que não cabe ao Estado impor essa conduta, até porque ela não é um princípio consitucional visto que não está na Constituição e arremata: “infelizmente, a tendência jurisprudencial, nos dias atuais, ainda é muito conservadora (senão preconceituosa), não admitindo, pois, a geração de efeitos jurídicos às relações conjugais simultâneas” (DIAS, 2013, p. 63-64).

“Ainda que a lei recrie, de diversas formas, quem descumpra o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla. Seu raciocínio estende-se à seguinte comparação: Ao contrário, tanto [a Constituição] tolera a traição que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se tratar de prole nascida de relações adulterinas ou incestuosas” (DIAS, 2013, p. 63).

Desse modo, temos que a monogamia já foi um princípio do direito de família, ao qual os cônjuges e companheiros do sexo feminino deviam respeito, mas não é mais assim na atualidade visto que a possibilidade de divórcio regulamentou a infidelidade sucessiva. Ou seja, é regulamentado o casamento sucessivo e a união estável sucessiva e não mais até que “a morte os separe”. A Des. Maria Elza⁷, TJMG em Apelação Cível nº 1.0017.05.016882-6/003 comenta que o ideal seriam relacionamentos livres de traições e até a morte, mas a realidade é diversa, existem, pois “duplicidade de células familiares” e o Judiciário não pode se furtar o dever de apreciá-las.

A Prof.^a Bruna Barbieri Waquim⁸ vai além e denuncia que a monogamia não é o motivo pelo qual não ainda não se recepcionou no ordenamento jurídico a família paralela, mas sim a propriedade e propõe que a família paralela seja reconhecida como uma nova categoria de família. In verbis:

(...) se engana quem pensa que o grande impeditivo ao seu reconhecimento é a monogamia (...) Tanto o é que a maioria dos casos de famílias paralelas, como você bem coloca, só se torna conhecida pela Justiça quando o companheiro em comum (geralmente essa figura é do gênero masculino) morre e as parceiras disputam os bens da herança no Judiciário. Durante a vida, a fidelidade acaba sendo relativizada para não se “perder” aquela pessoa. **Mas, na morte, é exigida a observância dessa fidelidade (não pelo parceiro, que já faleceu, mas pelo Poder Judiciário, na solução do processo) para que o patrimônio seja protegido, e não dividido.** grifo nosso (Vide APÊNDICE B)

⁷ “Certamente, esse é o ideal da sociedade: um relacionamento livre de toda a ordem de traições e, se possível, eterno até que 'a morte os separe'. Contudo, a realidade que se apresenta é diversa, porquanto comprovada a duplicidade de células familiares. **E conferir tratamento desigual a essa situação fática importaria grave violação ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, não obstante as formalidades muitas**” (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2008).

⁸ A Prof.^a Bruna Barbieri Waquim, presidente do IBDFAM/MA no biênio 2015/2016 é especialista em direito de família e sucessões e autora do livro "Relações Simultâneas Conjugais: o lugar da Outra no Direito de Família" (Vide ANEXO B).

Conclui-se que independentemente do doutrinador/magistrado considerar a monogamia um princípio, o reconhecimento da união estável paralela deve prosperar porque, deve-se ter em mente que a monogamia foi relativizada com o divórcio e recepcionar a família paralela no ordenamento jurídico é questão de justiça. Giselda Hironaka reforça essa ideia argumentando que “se o fato de ferir este princípio [da monogamia] significar fazer injustiça, devemos recorrer a um valor maior, que é o da prevalência da ética sobre a moral, para que possamos [nos] aproximar do ideal de justiça” (HIRONAKA, 2013, p. 203).

Apesar de não fazer parte das ramificação da família paralela, a temática do poliamor, por vezes surge causando algumas confusões conceituais. A seguir traçaremos o conceito de poliamor e a diferença entre ele e a união estável paralela.

3.3.1 O poliamor e sistema normativo brasileiro

O termo “poliamor” advém do neologismo inglês “polyamory”, que significa “muitos amores” e caracteriza as relações amorosas que negam a monogamia como princípio ou necessidade, defendendo a possibilidade de envolver-se em relações íntimas, profundas e possivelmente duradouras com vários parceiros simultaneamente (COLAVITI, 2007, p. 45).

O “poliamor” surgiu na década de 90 como uma nova modalidade de relacionamento amoroso. É uma orientação de relacionamento na qual se acredita ser possível e aceitável amar muitas pessoas e manter múltiplos relacionamentos íntimos, se houver honestidade quanto a eles e se não for pensada, necessariamente, em termos de relacionamentos sexuais (FILGUEIRA, 2013).

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk ensina que “a monogamia não é um princípio do direito estatal da família, mas uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela prévia do Estado. No entanto, descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob sua égide. Isso não significa, porém, que alguém que constitua famílias simultâneas, por meio de múltiplas conjugalidades, esteja, de antemão, alheio a qualquer eficácia jurídica. Principalmente, quando a pluralidade é pública e ostensiva, e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, a simultaneidade não é desleal.” (RUZYK, 2005, p. 221).

Observa-se que a diferença entre família paralela e poliamor é que, enquanto o poliamor sustenta a poligamia, ou seja, várias pessoas que se relacionam afetivamente e exigem-se padrões de lealdade não convencionais, a família paralela seria um núcleo separado e que, teoricamente, não deveria existir por conta do impedimento matrimonial, mas com a complexidade das relações acaba se formando, às vezes desconhecida pelo primeiro

relacionamento, visa então o reconhecimento enquanto união estável para assegurar direitos patrimoniais e, às vezes, extrapatrimoniais, como o reconhecimento formal da relação.

Uma diferença cabal é que, enquanto no poliamor existe uma soma de acordos de três, quatro ou mais pessoas, onde a monogamia é afastada, na família paralela, geralmente um núcleo repudia o outro.

Enquanto dura o relacionamento, os companheiros vivem suas vidas normalmente, dividem o afeto, os bens, os direitos e deveres. E, com fim do relacionamento, dá-se a dissolução da união estável sem qualquer dificuldade, sendo suficiente o consenso dos interessados. Entretanto, quando existe divergência a respeito de alguma consequência do término da relação como, por exemplo, a divisão de bens, ou mesmo em relação à própria existência da união estável e não há documento que comprove a constituição da família as partes precisarão recorrer à tutela jurisdicional (GONÇALVES, 2014, p. 618).

3.4 Análise da possibilidade jurídica da união estável paralela na jurisprudência

O direito no Brasil, teoricamente, segue o sistema jurídico da “*civil law*” que dá importância primordial ao sistema normativo positivado, e preleciona que o magistrado deve se abster de estender ou restringir o alcance das leis sem que haja ausência ou conflito de normas, desta sorte “o magistrado não se vê vinculado às decisões jurisprudenciais, nem dele mesmo, nem do tribunal em que atua, tampouco dos tribunais que lhe são superiores sob pena de interferência sobre seu livre convencimento e consequente liberdade para emitir juízo” (CASTRO, 2012, p.01) (BRASIL, 1942).

Nesse sentido, a LINDB, em seu art. 4º dita a ordem de fontes que devem ser seguidas caso a lei seja omissa, o que ratifica a tese de que a lei, apesar de não ser a única fonte do direito, ocupa posto privilegiado no sistema jurídico brasileiro.

Entretanto, é forçoso constatar que o modelo da “*civil law*” vem sofrendo alterações no Brasil com o transcorrer do tempo. Os tribunais, no que praticamente pode se chamar de uma incursão no poder legislativo, tem atuado fortemente para suprir anseios da sociedade que o Congresso Nacional silente, se abstém de normatizar. Um exemplo é o caso da união homoafetiva, que por uma inoperância do legislativo, precisou ser reconhecida no direito brasileiro pelo judiciário. O novo código de processo civil é outro exemplo dessa relativização, uma vez que, preverá a obrigatoriedade do magistrado de seguir o entendimento jurisprudencial elencado pela parte no processo quando em consonância com o caso em exame.

Nesse sentido, a discussão sobre o tema da união estável paralela encontra-se localizada na seara da doutrina e da jurisprudência, amparados os argumentos nos princípios constitucionais e princípios do direito de família. Controvérsia esta, de grande relevância social na atualidade, que ganha voz entre os doutrinadores, interpretando e analisando o sentido da lei, com vistas aos ideais de moral e justiça do Estado democrático de direito⁹.

Relevantes são os comentários sobre a regulamentação da união estável no ordenamento brasileiro de Silvio Venosa que afirma que “ao contrário da maioria das legislações, o legislador brasileiro optou por uma postura francamente intervencionista na vida íntima dos unidos sem casamento. Trata-se, sem dúvida, de uma publicização da vida privada”. Nesse passo, o doutrinador nos revela que o direito não pode ignorar os fenômenos sociais, mas “a excessiva regulamentação tolhe a liberdade de cada um” (VENOSA, 2007, p. 388).

A seguir passaremos a análise da jurisprudência, inicialmente pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, onde existe grande número de ações com o tema na união estável paralela. Em cada jurisprudência será analisado o caso concreto e os argumentos que fundamentaram a decisão.

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. RECONHECIMENTO. PARTILHA. "TRIAÇÃO". ALIMENTOS PARA EX-COMPANHEIRA E PARA O FILHO COMUM. **Viável reconhecer união estável paralela ao casamento.** Precedentes jurisprudenciais. Caso em que restou cabalmente demonstrada a existência de união estável entre as partes, consubstanciada em contrato particular assinado pelos companheiros e por 03 testemunhas; e ratificada pela existência de filho comum, por inúmeras fotografias do casal junto ao longo dos anos, por bilhetes e mensagens trocadas, por existência de patrimônio e conta bancária conjunta (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2011).

Esta jurisprudência é favorável ao reconhecimento da união estável paralela. Trata-se de Apelação Cível ajuizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, descontente as partes com o entendimento do juízo de primeiro grau que, em ação de dissolução de união estável cumulada com partilha, guarda e alimentos, julgou parcialmente procedente a ação, entendendo “apenas para o fim de dar a guarda do filho comum à autora, e fixar alimentos em prol dele em 05 salários-mínimos”. O Sr. Ari P.K. apelou porque entendeu excessivo o valor

⁹ “O preâmbulo da Constituição da República aponta que da reunião do povo brasileiro em Assembleia Nacional Constituinte foi instituído um **Estado Democrático de Direito visando a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar, igualdade e justiça como valores supremos.** (...) Estado Democrático de Direito é, assim, um Estado que visa à garantia do exercício de direitos individuais e sociais, e os poderes instituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) são organizados de forma a que um não avance sobre a função precípua do outro.” (SIQUEIRA, 2008, p.01)

de 05 salários-mínimos para a pensão alimentícia do filho e a Sra. Edna B. apelou porque não logrou êxito no reconhecimento da união estável.

No julgamento da apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve o valor dos alimentos e julgou procedente o intento da Sra. Edna B. em ver reconhecida a união estável com Ari P.K. e a prestação de alimentos em favor dela, bem como, a partilha de bens em forma de triação, ou seja, entre o Sr. Ari P.K., a Sra. Edna B. e a esposa formal.

A triação surgiu inicialmente no Tribunal do Rio Grande do Sul, e atualmente é encontrada em decisões espalhadas por todo o Brasil como solução jurídica para a confusão patrimonial causada pela família paralela ou pelo poliamorismo. Ela consiste na partilha dos bens comunicáveis entre os envolvidos da relação simultânea, resultando em 1/3 do patrimônio para cada um quando da separação dos envolvidos pelo divórcio ou pela morte (CUNHA, 2016).

O acórdão do TJRS reconhecendo a união estável paralela ao casamento foi baseada na existência de um contrato particular assinado pelos companheiros e por 03 (três) testemunhas, ratificado pela existência de filho comum, por inúmeras fotografias do casal junto ao longo dos anos, por bilhetes e mensagens trocadas, por existência de patrimônio e conta-bancária conjunta, tudo a demonstrar relação pública, contínua e duradoura, com claro e inequívoco intento de constituir família e vida em comum.

Agora, passaremos a análise de uma jurisprudência do mesmo tribunal, que no entanto teve entendimento contrário a união estável paralela:

UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALIMENTOS. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. DESCABIMENTO. 1. 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. 2. Constituiu concubinato adúlterino a relação entretida pelo recorrido e pela autora, pois ele não apenas era casado, mas mantinha vida conjugal com a esposa. Inteligência do art. 1.727 do Código Civil. 3. 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*. 4. Indemonstrada a existência de uma união estável, inexistente título capaz de albergar o pleito alimentar. Recurso desprovido (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2012.)

Julgamento de Apelação Cível na 7ª Câmara Cível no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, motivada pela irresignação de C. F., com a r. decisão que indeferiu fixação de alimentos provisórios, nos autos da ação de alimentos que move contra o Sr. O. D.. A Sra. C. F. alegou que manteve um relacionamento com Osvaldo D. A por 24 anos e argumenta a necessidade de alimentos motivada por sua renda mensal que não ultrapassa R\$ 491,00.

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não deu guarida ao intento da Sra. C. F, primeiro porque não entendeu que a Apelante tinha necessidade dos alimentos e o amparo alimentar é situação excepcional que segue o binômio: necessidade de quem recebe e possibilidade de quem dá. E, segundo porque a Apelante não conseguiu comprovar, de forma segura, que o relacionamento com o apelado tenha tido a conformação de uma entidade familiar, pois se tratava de um relacionamento paralelo.

O relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves alega que a apelante conseguiu provar “apenas que manteve com o réu um relacionamento amoroso prolongado e paralelo ao casamento que ele mantinha com sua esposa e que sempre permaneceu hígido” e mesmo após o divórcio, passou a manter uma união estável com a ex-esposa. O argumento utilizado para afastar a possibilidade de família paralela é o da monogamia como princípio “que informa o direito matrimonial” e o artigo 1.723, §1º, do Código Civil, de forma que o segundo núcleo sempre seria adulterino com a única ressalva da união estável putativa, que ocorre quando presente a boa-fé e o desconhecimento da relação familiar entretida por um dos conviventes. In verbis:

“Além disso, ressalta óbvio que nem todo o relacionamento amoroso constitui união estável. E para que uma relação possa ser qualificada como união estável, que é entidade familiar, é imperioso que se verifiquem, de forma clara e inofismável, as suas características peculiares postas no art. 1.723 do Código Civil, que são (a) **a diversidade de sexos**, (b) **a convivência pública, contínua e duradoura**, (c) **que seja estabelecida com o objetivo de constituição de uma família.**”

Deixando de lado as questões práticas a respeito necessidade ou não por alimentos da apelada, da leitura acima, podemos observar que a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, elege como únicos argumentos para sustentar a impossibilidade do reconhecimento da união estável: o princípio da monogamia no direito patrimonial e o art. 1.723, §1º, CC que traz as características da união estável.

Ora, o art. 1.723, §1º, CC não pode ser entendido de forma tão positivista, visto que foi relativizado pelo STF quando, por meio da *ADI 4277* e da *ADPF 132* reconheceu a união estável homoafetiva. Outrossim, não se sabe a que o acordão se refere quando fala em princípio da monogamia do “direito patrimonial”, afinal o direito de família não tem natureza patrimonial, apesar de ter regulamentações de natureza patrimonial, como por exemplo o regime de bens no casamento e na união estável.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também recebeu demandas relacionadas a famílias paralelas, a seguir a transcrição e análise de uma decisão favorável seguida por uma desfavorável:

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 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. DERAM PROVIMENTO PARCIAL (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2008).

O caso em análise foi julgado na 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, trata-se de um recurso de apelação cível interposto por M.S.D.S. contra ato do Juízo da 2ª Vara da Comarca de Almenara, que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de união estável formulado pela apelante em face de O.S.S., ora parte apelada, sob o fundamento de que não há união estável quando uma das partes é casada civilmente.

O voto da Desembargadora Maria Elza é muito citado em várias decisões que reconhecem a união estável paralela nos Tribunais Brasileiros, em parte porque traz um entendimento forte em favor do instituto da família paralela e é respaldado com muitos argumentos brilhantes, e de outro lado, por ser a leitura prazerosa que vai além de um texto claro e profundo, e esparze uma beleza quase poética.

O TJMG entendeu pela procedência parcial do recurso de apelação, ou seja, acatou o reconhecimento e dissolução da união estável paralela ao casamento e alimentos em favor da Apelante no valor de 03 (três) salários mínimos e pela improcedência da reparação material por serviços prestados por ser incompatível com a natureza da família e a indenização por danos morais, porque por si só, o fim do relacionamento não gera reparação por dano moral.

O entendimento foi baseado na comprovação da afetividade e da convivência *more uxório* de 25 (vinte e cinco) anos entre as partes, advindo da relação filhos e netos e do objetivo de constituir família apesar de, na época dos fatos, o Sr. O.S.S. encontrar-se casado civilmente. Abaixo transcreve-se uma parte do voto da Desembargadora:

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 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 (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2008)

A desembargadora, em frente ao aparente conflito de normas, mensura de um lado, “a impossibilidade de enriquecimento ilícito”, “o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana” e a “justiça” e de outro, o que ela denomina de “moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família”. E, entende que a decisão não pode ser outra a não ser o reconhecimento da união estável paralela nesse caso concreto, e que decidir de outra forma seria uma solução fácil, mas que negaria a existência do fato social.

Agora passaremos a análise de jurisprudência contrária a união estável paralela no TJ de Minas Gerais:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM - CONCOMITÂNCIA DE CASAMENTO VÁLIDO - PRINCÍPIO DA MONOGAMIA - ART. 1727 DO CÓDIGO CIVIL - NATUREZA CONCUBINÁRIA DA SEGUNDA RELAÇÃO. PEDIDO IMPROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO. - Se o suposto convivente era oficialmente casado com outra mulher até a data do seu falecimento e se não se cogita, sequer, da separação de fato do referido casal, o pedido de reconhecimento de união estável formulado pela autora revela-se inviável, diante do Princípio da Monogamia, estampado no artigo 1.727 do Código Civil, sendo inafastável, nessa hipótese de concomitância de relacionamentos afetivos, a natureza concubinária da segunda relação, da qual não se originam direitos sucessórios ou previdenciários, como se casamento fosse. - Precedentes dos Tribunais Superiores. Recurso desprovido (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2014).

O caso versa sobre um pedido de reconhecimento de união estável *post mortem* ajuizada por N.M.S. em face do espólio e dos herdeiros de J.F.F., objetivando a declaração da convivência que afirma ter mantido com o de cujus por mais de 20 anos, bem assim, o deferimento do direito real de habitação no imóvel do casal, o reconhecimento do direito de meação sobre os bens adquiridos durante o relacionamento e demais direitos sucessórios e previdenciários daí advindos.

A apelação cível foi motivada porque o juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos uma vez que o Sr. J.F.F. era casado, o que ensejaria em uma relação adúlterina com a apelante e, portanto não se originam direitos próprios da união estável, além disso a autora foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00. Para comprovar o relacionamento a Apelante juntou aos autos fotografias, demonstrativos de despesas e depoimentos testemunhais, que afirmaram que ela e J.F.F. mantiveram um relacionamento público, notório e contínuo, por cerca de vinte anos, do qual adveio, inclusive, o nascimento de um filho, o que confirma o objetivo de constituir família.

A apelante não logrou êxito por ser o Sr. J.F.F. casado, e a sentença não foi reformada. O argumento utilizado foi de que o reconhecimento da união estável é inviável diante do princípio da monogamia que, teoricamente estaria inscrito no Código Civil em seu artigo 1.727, o que não possui respaldo prático, pois este artigo elucida que as relações não eventuais entre pessoas impedidas de casar são concubinato. Ressalta-se que, é difícil conceber em que circunstâncias práticas, vinte anos de relacionamento poderia ser considerado como uma “relação eventual”.

Abaixo, decisões jurisprudenciais a respeito da união estável paralela no Tribunal de Justiça de São Paulo. As duas primeiras são favoráveis e a terceira e última é desfavorável:

União estável. Reconhecimento e dissolução. O fato de manter dupla união não se constitui num Bill de indenidade àquele que age de forma a manter um dos companheiros na ignorância de sua atitude. Partilha dos bens adquiridos na constância da relação. Sentença reformada. Recurso provido (SÃO PAULO, Apelação Cível, 2009b).

O recurso de Apelação interposto no Tribunal de Justiça de São Paulo julgou procedente a união estável paralela a casamento ocorrida entre as partes entre 1988 a 1997, por considerar a existência de união estável putativa, ou seja, o segundo núcleo familiar não tinha conhecimento do primeiro. E, nas palavras do Relator Des. Caetano Lagrasta “não se pode negar o reconhecimento da união estável e as sequelas patrimoniais indicadas na

sentença (...) embora simultâneos os relacionamentos, nada nos autos indica tivesse a apelada conhecimento da vida dupla do parceiro”.

União Estável putativa. Reconhecimento. Convivente casado. Prova documental e testemunhal no sentido de que o autor estava separado de fato, mas mantinha convivência esporádica com a esposa. Sentença de procedência mantida, com determinações. Recurso improvido (SÃO PAULO, Apelação Cível, 2009a).

O recurso de Apelação Cível interposto pelo espólio de J.A.E.P. foi improvido e a sentença do juízo *a quo* não foi reformada. A sentença julgou procedente a ação para reconhecer a união estável havida entre M.L.P.S. e J.A.E.P., pelo período de 1997 a março de 2007, decretando sua dissolução em virtude do óbito. A decisão foi embasada nas provas apresentadas nos autos, principalmente as testemunhas, que comprovaram que M.L.P.S. e J.A.E.P. mantiveram união estável por 10 anos em paralelo a um relacionamento com a esposa, ainda que esporádico. O relator foi contrário ao reconhecimento da união estável pois entendeu que não se tratava de união estável putativa mas ele foi voto vencido.

União estável - Falecido casado - Concubinato impuro - Existência de impedimento entre os litigantes que afasta a possibilidade de reconhecimento da união estável entre eles - Recurso provido (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2006).

Esta última jurisprudência do TJSP trata de um relacionamento de 27 anos entre a Apelada Sra. G.C., suposta concubina e Sr. C. O., onde mesmo comprovadamente presentes todos os requisitos para a caracterização da união estável, inclusive a separação de fato, pois o Sr. C. O. residia com a Sra. G.C. e apenas visitava esporadicamente a esposa que residia na zona rural, não é reconhecida a união estável pelo impedimento marital.

Abaixo, uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do rio de Janeiro:

UNIÃO ESTÁVEL. DISPUTA ENTRE DUAS COMPANHEIRAS. SITUAÇÃO PUTATIVA. PROVA ORAL. RECONHECIMENTO. Reconhecimento de união estável. Conviventes, uma desde 1978 e outra desde 1960 que mantiveram relações concomitantes, notórias e ininterruptas com o *de cujus*, até o seu falecimento. Prova oral que confirma o reconhecimento do companheirismo concomitante com ambas perante parcelas distintas da sociedade pela qual transitava o falecido, tendo elas vivido em *affectio maritalis* com o *de cujus*, cada qual a sua forma. Pessoas de boa índole e bem intencionadas que firmemente acreditavam na inexistência de uma relação amorosa intensa do obituado com a outra, havendo êxito deste em ludibriá-las por longos anos, e de se reconhecer a existência de união estável putativa com a apelante e com a apelada. Aplicação, por analogia do art. 221 do CC de 1916. Desprovimento do recurso (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, 2005).

Para ilustrar a diversidade de Tribunais que já decidiram favoravelmente, ou mesmo, foram confrontados por uma situação que exige a análise da união estável paralela, trouxemos esta jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, acima citada. Observa-se que, o entendimento foi favorável por ficar caracterizada a união estável putativa.

Isto é, aquela união estável onde o companheiro não conhecia a existência de relacionamento familiar anterior, e portanto estava de boa-fé ao criar o vínculo matrimonial.

A família paralela conhecida por “união estável putativa” é reconhecida com bem menos dificuldade do que, naqueles casos onde todas as partes são conhecedores do impedimento matrimonial e, mesmo assim decidem viver relacionamentos paralelos. Esse entendimento advém de um tratamento igualitário entre a união estável e o casamento. No art. 1.561, CC é reconhecido efeitos civis ao casamento em relação ao cônjuge de boa-fé, ou seja, aquele que não sabia que o outro possuía impedimento matrimonial. Ressalta-se que, mesmo o caso união estável putativa não é pacífico e recebe muitas decisões desfavoráveis, principalmente pelos magistrados que não entendem que a Constituição Federal igualou a união estável ao casamento.

Abaixo elencadas, decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, a primeira favorável à união estável paralela e a segunda, desfavorável:

RECURSO ESPECIAL. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTILHA DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA. COEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONJUGAL E A NÃO SEPARAÇÃO DE FATO DA ESPOSA. CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO. “Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo”. Possibilidade de geração de direitos e obrigações, máxime, no plano da assistência social. Acórdão recorrido não deliberou à luz dos preceitos legais invocados. Recurso especial não conhecido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2005).

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Sra. M. C. V. T. contra a decisão que rejeitou os Embargos de Declaração. A ação ordinária foi movida por M. C. V. T., esposa do falecido Sr. P.R.T., contra a decisão administrativa do INSS que dividiu a pensão previdenciária entre a Sra. M. C. V. T, esposa e entre a Sra. C.T.P., companheira na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada. Em relação ao direito material, a sentença confirmou o entendimento de que existiu a comprovação de união estável paralela a um casamento por 30 (trinta) anos, motivo pelo qual era devida pensão a companheira no importe de 50%.

Os argumentos utilizados foram de que o Sr. P.R.T. manteve dois lares, comprovadas as alegações através dos depoimentos de testemunhas, juntada de documentos, tais como notas fiscais em nome dele com o mesmo endereço da companheira, conta conjunta no Banco Bradesco e apólice de seguro de vida feita pelo instituidor da pensão, tanto assim que o INSS reconheceu a união estável, concedendo o direito à pensão por morte do companheiro, no percentual de cinquenta por cento.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça desfavorável ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. PARALELISMO DE UNIÕES AFETIVAS. RECURSO ESPECIAL. AÇÕES DE RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. CASAMENTO VÁLIDO DISSOLVIDO. PECULIARIDADES. **As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses.** - 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.**

[...]

A relação mantida entre o falecido e S. M. de L. C., despida dos requisitos caracterizadores da união estável, poderá ser reconhecida como sociedade de fato, acaso deduzido pedido em processo diverso, para que o Poder Judiciário não deite em solo infértil relacionamentos que efetivamente existem no cenário dinâmico e fluido dessa nossa atual sociedade volátil. Virar as costas para os desdobramentos familiares, em suas infinitas incursões, em que núcleos afetivos se justapõem, em relações paralelas, concomitantes e simultâneas, seria o mesmo que deixar de julgar com base na ausência de lei específica. Dessa forma, na hipótese de eventual interesse na partilha de bens deixados pelo falecido, deverá S. M. de L. C. fazer prova, em processo diverso, de eventual esforço comum. Por fim, merece atenção o fato de que **o autor de conduta reprovável, M. da C. G., já falecido, é quem deveria suportar as penalidades pelo comportamento afetivo paralelo, e não a concubina**, que, muito embora detivesse conhecimento da vida dúplice que ele ostentava, não logrou êxito em comprovar o direito subjetivo pretendido, nos termos da legislação vigente. Considerada a imutabilidade, na via especial, da base fática tal como estabelecida no acórdão recorrido, em que consta, expressamente, o paralelismo das relações mantidas pelo falecido com a recorrente e a ex-mulher, deve ser reformado o julgado, para que se mantenha apenas o reconhecimento da união estável havida entre M. da C. G. com D. A. de O., desde 1994 até o seu óbito. Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para declarar o reconhecimento da união estável mantida entre D. A. de O. e M. da C. G. e determinar, por conseguinte, o pagamento da pensão por morte em favor unicamente da recorrente, companheira do falecido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2010).

A jurisprudência acima trata-se de um recurso especial julgada pelo STJ, inicialmente foi interposta ação declaratória de reconhecimento de união estável *post mortem* ajuizadas pela recorrente e por S. M. de L. C., em desfavor do espólio de M. da C. G., e de seus herdeiros, A. C. C. G., M. da C. G. F. e A. L. C. G no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Restou provado que nos autos que o Sr. M. da C. G após o divórcio da esposa, Sra. S. M. de L. C., iniciou união estável com a Sra. D. A. O., mas continuou em uma relação afetiva e de dependência econômica com a antiga esposa, o que foi confirmado pelas testemunhas, as quais relataram saber do convívio marital do casal, situação que veio a ser declarada de próprio punho pelo falecido, que afirmou viver em união estável com sua ex-mulher. De modo que o Sr. M. da C. G possuía duas uniões, ambas públicas, contínuas,

duradouras e com o aparente objetivo de constituição de família o que levou a ex-esposa, e depois companheira a pedir o reconhecimento da união estável.

Entretanto, o STJ foi contrário ao reconhecimento de duas uniões estáveis paralelas baseando-se nos artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil. O primeiro traz os requisitos de união estável, in verbis: “(i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos”. E o segundo o dever de lealdade.

Em outros termos, a decisão foi motivada pelo impedimento matrimonial e pelo dever de lealdade. Nesse sentido a Ministra Nancy Andrighi traz uma citação de Zeno Veloso: “O dever de lealdade implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural”.

A Ministra Nancy Andrighi é contrária ao entendimento de que a família paralela possa ser recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro como demonstra o trecho a seguir retirado do acórdão acima citado:

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 descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses.

Observa-se que, as jurisprudências contrárias a família paralela, mesmo dos magistrados mais competentes, como é o caso da Min. Nancy Andrighi os argumentos são centrados na letra fria no art. 1.723 e no “princípio” da monogamia.

Em fevereiro de 2016 o STJ lançou a “Jurisprudência em Teses” que, este ano apresentou diversos entendimentos sobre a união estável e um desses entendimentos é a impossibilidade da união estável simultânea. Entretanto, como o próprio documento anuncia, “não consiste repositório oficial da jurisprudência deste Tribunal”, ou seja, não podem ser citados ou reproduzidos nos recursos porque não apresentam o entendimento pacificado do Tribunal. Mesmo assim, representa um significativo retrocesso no intento dos indivíduos que estão buscando a tutela jurisdicional da união estável paralela nos Tribunais de Justiça e nos

juízos de primeiro grau, dada a importância e o peso de qualquer jurisprudência do STJ. Todo o conteúdo do “Jurisprudência em Teses” pode ser acessado pelo site: http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf.

Agora passaremos ao estudo de duas decisões do Superior Tribunal Federal contrárias ao reconhecimento da família paralela. Apesar da decisão final contrária, tais jurisprudências ilustram alguns pontos essenciais, senão vejamos:

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 (BRASIL, Superior Tribunal Federal, 2008).

Neste Recurso Extraordinário, o voto do Rel. Ministro Marco Aurélio conheceu do recurso extraordinário, e foi seguido pela maioria dos ministros. A “concubina”, como é chamada, conseguiu comprovar a convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família e dois filhos comuns, mas não teve êxito no reconhecimento da união estável sob argumentativa do Min. Marco Aurélio de que “não se pode reconhecer a união estável diante da circunstância de que uma das partes era casada e viveu com a esposa até a morte e não se pode utilizar o precedente do STJ pois se está no STF”.

Entretanto chama atenção no particular as considerações feitas pelo Ministro Carlos Britto, que pediu vista dos autos, abaixo transcreve-se um trecho:

(...) ‘Companheiro’ como situação jurídica- ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade (“união estável”). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de “filhos concubinários”. Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (...) A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. **Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois.** No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração ‘é terra que ninguém nunca pisou’. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante o qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante (...)

Nesse trecho do voto vencido de autoria do min. Carlos Ayres Britto observa-se que a denuncia contra a preconceituosa mania de nomear a união estável paralela de “união concubinária”. O renomado Ministro expressa ainda entendimento contrário a grande ingerência do Estado da vida familiar privada, pois, segundo ele, “coração é terra que ninguém nunca pisou”.

Agora passaremos a análise da Apelação Cível n.º 19048/2013, Rosário/MA:

DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL SIMULTÂNEOS. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO. 1. Ainda que de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das chamadas famílias paralelas, como aquelas que se formam concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Dentre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Para a familiarista Giselda Hironaka, a família paralela não é uma família inventada, nem é família imoral, amoral ou aética, nem ilícita. E continua, com esta lição: *Na verdade, são famílias estigmatizadas, socialmente falando. O segundo núcleo ainda hoje é concebido como estritamente adúlterino, e, por isso, de certa forma perigoso, moralmente reprovável e até maligno. A concepção é generalizada e cada caso não é considerado por si só, com suas peculiaridades próprias. É como se todas as situações de simultaneidade fossem iguais, malignas e inseridas num único e exclusivo contexto. O triângulo amoroso sub-reptício, demolidor do relacionamento número um, sólido e perfeito, é o quadro que sempre está à frente do pensamento geral, quando se refere a famílias paralelas. O preconceito - ainda que amenizado nos dias atuais, sem dúvida - ainda existe na roda social, o que também dificulta o seu reconhecimento na roda judicial.* 4. Havendo nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o de cujus, o caso é de procedência do pedido formulado em ação declaratória. 5. Apelação cível provida (MARANHÃO, Tribunal de Justiça, 2014).

A Sra. Z. M. W. A. ajuizou o presente recurso de apelação descontente com a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o seu intendo de ver reconhecida enquanto união estável, o relacionamento de 17 anos entre ela e o Sr. M. de J. P. de C. na ação declaratória de união estável *post mortem*.

Analisados os fatos comprovados na ação originária, quais sejam: o Sr. M. de J. P. de C. era casado na época do relacionamento com a Sra. N. P. C., mas vivia com a Sra. Z. M. W. A. na cidade de Rosário como se casados fossem, moravam e trabalhavam juntos e estavam presentes todos os requisitos da união estável, inclusive a afetividade. A apelação foi provida, seguindo o entendimento do Rel. Desembargador Lourival Serejo¹⁰ que argumentou da seguinte forma:

¹⁰ (Vide ANEXO A)

- a) o art. 226/CF prestigiou o pluralismo democrático e concebeu como entidade familiar o vínculo afetivo decorrente do casamento, da união estável e das relações monoparentais;
- b) a separação de fato é condição *sine qua non* para o reconhecimento de união estável de pessoa casada, entretanto a força dos fatos surge com situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. É o caso, por exemplo, das famílias paralelas que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas;
- c) se a lei nega proteção às famílias paralelas, a justiça não pode ficar alheia a esses clamores, principalmente quando há filhos do casal e;
- d) garantir a proteção a esses grupos familiares não ofende o princípio da monogamia, pois são situações peculiares, idôneas, que se constituem, muitas vezes, com o conhecimento da esposa legítima.

A jurisprudência acima citada gerou muita agitação no Maranhão e principalmente na cidade de São Luís, sendo noticiada em vários jornais, blogs e programas de rádio. Muitas notícias chamavam a Sra. Z. M. W. A. de amante e a maioria das pessoas entrevistadas nos jornais televisionados ou que simplesmente repassavam a notícia pela internet, demonstravam repúdio a decisão tomada. A esse respeito, comenta o Des. Lourival Serejo:

“Algumas notícias eram um exagero, mal exploradas pela imprensa: “Reconhecido o direito da amante” (citando uma das manchetes). **Isso aqui não é amante. Amantismo é aquela união oculta, sorrateira, tanto que em alguns casos de processo judicial a parte pede pra não ser identificada.** (...) O Supremo fez essa diferença: a concubina é dos encontros fortuitos e a companheira é a dos permanentes.” (Vide ANEXO A).

A defesa da família paralela não está em contrassenso contra as regras sociais, muito menos contra a punição para os que se afastam do modelo de família eleito pelo Estado. A crítica feita é que a punição quando do não reconhecimento das uniões simultâneas é quase sempre direcionada a apenas a companheira do segundo núcleo, saindo impunes o cônjuge/companheiro adúltero e o cônjuge/companheiro conivente, de forma que:

“(...) diante das atitudes que desatendem as regras de convívio social e se afastam da forma da família eleita pelo Estado, é mister a adoção de mecanismos de repressão, punindo quem ousa afastar-se dos ditames da lei. **No entanto, a firmar a existência da entidade familiar é, muitas vezes, castigar quem nem sabia da reprovabilidade de tal agir**” (DIAS, 2013, p. 184).

Sobre a impunidade de quem vive a margem do direito em uma família simultânea quando findo o relacionamento, a Professora Bruna Barbieri acredita que a normatização dessas situações irá desincentivar a formação de tais núcleos e lança a seguinte reflexão:

Por isso fica o grande questionamento: **se o Direito já tivesse previsto direitos às relações simultâneas, como pensão alimentícia, direito ao nome, partilha de bens, será se essas pessoas de vida dupla ainda manteriam relacionamentos paralelos, sabendo que seus atos teriam consequências?** Será se as parceiras “oficiais” teriam a paciência, a tolerância ou fariam “olhos de mercador” a essas constituições simultâneas, se ainda em vida seu parceiro fosse demandado para responder patrimonialmente por essas relações? (Vide APÊNDICE B)

Berenice Dias propõe que, nos casos de união estável paralela, finda a concomitância paralela a um casamento ou união estável, o patrimônio acrescido durante o intervalo do relacionamento paralelo deve ser dividido da seguinte maneira: dever ser preservada a meação da esposa ou companheira originária e a meação do companheiro desleal, dividido com a companheira da união estável paralela. No caso de uniões estáveis paralelas que se iniciaram no mesmo período ocorre calculo diverso deverá ocorrer a triação do patrimônio, ou seja, um terço para cada um três companheiros (DIAS, 2013, p. 51).

A renomada doutrinadora Giselda Hironaka denuncia que o legislativo tem se mostrado incapaz de acompanhar a complexa e veloz evolução das diversas entidades familiares. De modo oposto, o judiciário tem atuado eficientemente para atender as expectativas sociais, a fim de garantir a dignidade dos membros de tais arranjos familiares. O que não significa que, o reconhecimento venha ocorrendo com facilidade ou rapidez (HIRONAKA, 2013, p. 200).

Nessa vereda, a família paralela “tem caminhado a passos duros e lentos” em direção a seu recepcionamento pelo direito pátrio. A maioria dos julgados ainda não estão reconhecendo a possibilidade de união estável paralela, mas também já avolumam-se decisões que reconhecem essa possibilidade (HIRONAKA, 2013, p. 201).

Que o direito não permaneça alheio à realidade humana, à realidade das situações existentes, às mudanças sociais importantes que, sem dúvida, têm se multiplicado na história das famílias, exatamente como ela é. Cerrar os olhos, talvez seja mais um dos inúmeros momentos de hipocrisia que o Legislativo e o Judiciário têm repetido deixar acontecer, numa era em que já não mais se coaduna com as histórias guardadas a sete chaves (HIRONAKA, 2013, p. 205).

A família se resinificou para tornar-se espaço de afetividade, solidariedade mútua e busca pela felicidade. A afetividade que antes era considerada um sentimento fragilizado, hoje é considerada valor jurídico e um elemento essencial na visibilidade e continuidade das relações familiares (HIRONAKA, 2013, p. 202). Portanto, a nosso ver, justificar a

impossibilidade da família paralela pelo argumento de que ela não existe na lei é uma fuga e um acovardamento de enfrentar a realidade, afinal “nós vemos, todos os dias, a sociedade refazer a lei; não se vê, jamais, a lei refazer a sociedade” (CRUET, 1908 apud HIRONAKA, 2013, p. 200).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A epígrafe deste trabalho do autor Zeno Veloso nos faz entender que “o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera”, ou seja, a família não se limita a atividade do legislador, na realidade ocorre o contrário, é o legislador que observando as relações familiares deve regulamentá-las em razão da importância da família no Estado. A ciência jurídica, em especial o direito de família, como parte das ciências sociais, está sempre em constante mudança no que tange ao seu aspecto normativo. Por ser uma ciência social, parte de seus conceitos e princípios mudam em consonância com a realidade e preceitos sociais, acompanhando seus avanços.

Dois exemplos claros que demonstram tais mudanças e imposições normativas são: a) primeiramente em um viés mais histórico, pode ser citada a abolição da escravatura, na qual a mudança ocorreu nos preceitos ideológicos da sociedade, e a coletividade impôs sua proibição; b) já um exemplo inserido na realidade social brasileira, é o caso da traição, que anteriormente era tipificada no direito penal como crime, mas com a alteração do paradigma social caiu em desuso e foi depois retirada do código penal. Resta cristalino, portanto que alguns conceitos e preceitos sociais mudam substancialmente com o passar do tempo, eis que a realidade social é mutável, refletindo essas mudanças na própria normativa jurídica, moral e ética.

Em relação à família não é diferente, a Constituição Federal de 1988 criou o pluralismo familiar, reconhecendo famílias até então marginalizadas pelo direito e pela sociedade. Observamos ainda a transformação dos princípios do direito de família, e hoje a afetividade é, reconhecidamente, o liame principal entre os membros de um mesmo núcleo familiar. Como profetizou o doutrinador Sílvio Venoza ainda no ano de 2007: mudou a família e mudamos nós todos na forma como encará-la, e pouco importam as falhas da lei, pois elas serão paulatinamente corrigidas pelos trabalhos nos tribunais que traduzirá o sentimento social.

Os assuntos de direito de família são invariavelmente combustível para discussões sociais, o casamento gay, o aborto, adoção, todos são assuntos atuais e polêmicos. Sobre a união estável paralela tudo ainda é muito cinzento e fica mais nebuloso ainda com o clamor social que é embalado por reportagens sensacionalistas, que pouco se preocupam em informar.

A união estável paralela é um assunto delicado porque tem uma ligação com a infidelidade conjugal, a qual é difícil ver com a objetividade doutrinária necessária, visto que muitos passam por essa situação que é, em quase em todos os casos, extremamente dolorosa e vexatória. Entretanto, não podemos perder de vista a objetividade necessária a um operador do direito, e sopesar de maneira racional a viabilidade da recepção jurídica da família paralela.

É forçoso constatar que não é todo relacionamento paralelo que merece ser denominado de “família paralela”, mas somente aqueles casos excepcionais onde se verifica o afeto na convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família e, que encontra uma única barreira para o reconhecimento enquanto união estável: o impedimento matrimonial. Negar guarida a tais famílias paralelas é colocar o conservadorismo do pensamento positivista acima da justiça e do direito.

Não podemos ser positivistas a ponto de pretendermos justificar a lei por ela mesma, afinal a lei existe para a sociedade e não o contrário e, deve regulamentar e pacificar as relações sociais. Outrossim, é preciso ter em mente que toda lei surgiu em um determinado tempo e contexto, por legisladores humanos e, portanto, fadados a possibilidade de erro. Não estamos mais na Idade Média onde o direito e o Estado se justificavam pela vontade Divina que é perfeita e, portanto não pode ser questionada. Nesse sentido, é forçoso constatar que o §1º do art. 1.723 do Código Civil não pode ser considerado perfeito e imutável. Do mesmo modo, é um argumento fraco justificar que a família paralela não pode ser reconhecida no direito porque não existe na lei, afinal se está desvirtuando a causa e o efeito, a criatura e o criador.

Observado o volumoso número de ações ajuizadas na justiça brasileira que visa o reconhecimento da união estável paralela devem os operadores do direito, aprofundar a discussão a respeito da “família paralela” e estudar com seriedade a possibilidade de afastar, em alguns casos excepcionais, o §1º do art. 1.723 do Código Civil, o que já ocorre com a “monogamia”.

REFERÊNCIAS

AMARO, Elisabete Aloia. **Principiologia informadora do direito de família**. Artigos Jus Brasil. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://elisabeteamaro.jusbrasil.com.br/artigos/121816565/principiologia-informadora-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 18 nov. de 2015.

BRASIL. CÂMARA. Projeto de Lei n.º 2.285/2007. **Estatuto das Famílias**. Revogam-se dispositivos das Leis n.ºs 10.406, de 2002; 5.869, de 1973; 5.478, de 1968; 6.015, de 1973; 6.515, de 1977 e 8.560, de 1992; além do Decreto-Lei n.º 3.200, de 1941. Aplica dispositivos dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988. Brasília - DF, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília - DF, Senado, 1998.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848/1940. Código Penal (1940). **Código Penal Brasileiro**. Brasília - DF, Senado, 1940.

BRASIL. Decreto-lei n.º 4.657. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – LINDB. Brasília – DF. Senado, 4 de setembro de 1942.

BRASIL. Lei n.º 3.071/1916. Código Civil (1916). **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro - RJ, Senado, 1916.

BRASIL. Lei n.º 5.869/1973. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**. Brasília - DF, Senado, 1973.

BRASIL. **Lei n.º 8.971/1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília - DF, Senado, 1994.

BRASIL. **Lei n.º 9.278/1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília - DF, Senado, 1996.

BRASIL. Lei n.º 10.406/2002. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro**. Brasília - DF, Senado, 2002.

BRASIL. Lei n.º 11.340/2006. **Lei Maria da Penha**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília - DF, Senado, 2006.

BRASIL. **Lei n.º 12.010/2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília - DF, Senado, 2009.

BRASIL. **Lei n.º 13.058/2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília - DF, Senado, 2014.

BRASIL. Lei n.º 13.105/2015. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília - DF, Senado, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.157.273 – RN**. Relatora Ministra Nancy Andrichi, J. 18.05.2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14339099/recurso-especial-resp-1157273-rn-2009-0189223-0/inteiro-teor-14339100>>. Acesso em 01 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 742.68**. Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, public. 05/09/2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7203146/recurso-especial-resp-742685-rj-2005-0062201-1/relatorio-e-voto-12951700>>. Acesso em 06 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 14746 SP 1991/0019112-4**. Relator: Min. DIAS TRINDADE, Data de Julgamento: 11/11/1991, T3 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJ 09.12.1991 p. 18030 vol. 30 p. 525. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/592484/recurso-especial-resp-14746-sp-1991-0019112-4>>. Acesso em 16 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 62657**. Relator: Ministro Adalício Nogueira, Data de Julgamento: 13/04/1970, Segunda turma, Data de Publicação: 20/05/1970 EMENT VOL-00801-01 PP-00233 RTJ VOL-00053-03 PP-00590. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14672508/recurso-extraordinario-re-62657-sp>>. Acesso em 18 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 397.762-8 BA**. Rel. Min. Marco Aurélio, Data de Publicação: DJE de 12-9-08. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias Paralelas**. Revista da Faculdade de Direito. Vol. 108. P. 199-219. São Paulo, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 878694**. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 16/04/2015. Data de Publicação: 19-05-2015. DJe-092). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8493791>>. Acesso em 15 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 827.962 - RS (2006/0057725-5)**. Relator: JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Data de Julgamento: 21/06/2011. T4 - Quarta turma. Data de Publicação: DJe 08/08/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21101223/recurso-especial-resp-827962-rs-2006-0057725-5-stj/inteiro-teor-21101224>>. Acesso em 17 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 878694**. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 16/04/2015. Data de Publicação: 19-05-2015. DJe-092. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628824/repercussao-geral-no-recurso->

extraordinario-rg-re-878694-mg-minas-gerais-1037481-7220098130439>. Acesso em: 20 fev. 2016.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 09 mai. 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLAVITTI, Fernanda. **O fim da monogamia**. Revista Galileu, São Paulo: Globo, n. 195, out. 2007.

CUNHA, Daniela. **Triação de Bens: Uma análise do poliamorismo sob a ótica patrimonial**. Disponível em: <http://daniellebcunha.jusbrasil.com.br/artigos/317193778/triacao-de-bens?ref=topic_feed>. Acesso em 06 de mar. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. Vol. 05. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 14266420038070004 DF 0001426-64.2003.807.0004**. Relator: J.J. Costa Carvalho. Data de Julgamento: 25/04/2005, 2ª Turma Cível. Data de Publicação: 14/06/2005 DJU Pág. 1405 Seção: 3. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7299170/apelacao-civel-ac-14266420038070004-df-0001426-6420038070004>>. Acesso em 06 fev. 2016.

FILGUEIRA, Rayane de Almeida. **Poliamor: O futuro das relações amorosas modernas**. 2013. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/poliamor-o-futuro-das-relacoes-amorosas-modernas/115944/#ixzz44uOW0dGt>>. Acesso em. 08 mar. de 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. Vol. 06. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias Paralelas**. Revista da Faculdade de Direito. Vol. 108. P. 199-219. São Paulo, 2013.

IBDFAM. **Atuação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/atuacao>>. Acesso em 08 jun. de 2015.

LARA, Dom Lelis. C Ss R. **Cadernos de Direito Canônico: Sacramento**. Ano 04, n.º 02. Brasília: Edições CNBB, 2006.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Ordenações Filipinas**: considerável influência no direito brasileiro. *Jornal Carta Forense*, 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>>. Acesso em 08 jun. 2015.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 0190482013 MA 0000728-90.2007.8.10.0115**. Relator Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa. Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 15/07/2014. Apelante: Nelcy Paixao De Carvalho. Apelado: Zelinda Maria Waquim Anceles. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/160160631/apelacao-apl-190482013-ma-0000728-9020078100115>>. Acesso em 20 ago. 2014.

MINAS GERAIS. **Apelação Cível n.º 1.0017.05.016882-6/003**. Relatora. Desembargadora Maria Elza. Data de publicação: 10/12/2008. Disponível em: <<http://ws.mpmg.mp.br/biblio/informa/230111366.htm>>. Acesso em 15 jun. 2015.

MINAS GERAIS. **Apelação Cível n.º 10643120002669002 MG**. Relator: Eduardo Andrade. Data de Julgamento: 22/07/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/07/2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130010405/apelacao-civel-ac-10643120002669002-mg/inteiro-teor-130010486>>. Acesso em 15 jun. 2015.

OLIVERA, Euclides. *A escalada do Afeto*. Anais do V Congresso Brasileiro. 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 6719064 PR 0671906-4**. Relator: Vilma Régia Ramos de Rezende. Data de Julgamento: 15/09/2010, 11ª Câmara Cível. Data de Publicação: 15/09/2010 DJ: 478. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16842277/agravo-de-instrumento-ai-6719064-pr-0671906-4>>. Acesso em 19 jan. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. Tese de pós-graduação/UFPA. Curitiba, 2004. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 ago. 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo n.º 15225/2005**. 2ª Câmara Civil, j.10/08/2005, relatora Des. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias Paralelas**. Revista da Faculdade de Direito. Vol. 108. P. 199-219. São Paulo, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 70039284542 RS**. Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 23/12/2010, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/01/2011. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22889760/apelacao-civel-ac-70039284542-rs-tjrs/inteiro-teor-111148696>>. Acesso em 30 de mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 70047104138**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 13/06/2012, Sétima Câmara Cível, Comarca: Comarca de Porto Alegre. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70047104138%26num_processo%3D70047104138%26codEmenta%3D4747333+%22concupinato%22+inmeta:ac%3DAimentos&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70047104138&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=13/06/2012&relator=S%C3%A9rgio%20Fernando%20de%20Vasconcellos%20Chaves&aba=juris>. Acesso em 02 de abr. 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. Vol. 06. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

SÃO PAULO. **Apelação Cível com Revisão nº 4073094200**. Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. 23/05/2006. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2148704&cdForo=0>>. Acesso em 25 jun. 2015.

SÃO PAULO. **Apelação Cível com Revisão nº 6342814400**. Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 03/06/2009a. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3677689&cdForo=0>>. Acesso em 25 jun. 2015.

SÃO PAULO. **Apelação Cível n.º 646037.4/4-00**. Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 16/12/2009b. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4276750&cdForo=0>>. Acesso em 25 jun. 2015.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 229069 SP 1999/0080154-7**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 26/04/2005, T4 - Quarta turma, Data de Publicação: DJ 16/05/2005, p. 351RDTJRJ, vol. 71, p. 117RSTJ, vol. 194, p. 437. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2347858/recurso-especial-resp-229069-sp-1999-0080154-7>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Estado Democrático de Direito. Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 13. 31 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12155>>. Acesso em: 9 mai. 2015.

SIMÃO, Joé Fernando. **A não manutenção do foro privilegiado para mulher casada no novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-03/processo-familiar-nao-manutencao-foro-privilegiado-mulher-casada-cpc>>. Acesso em 01 de jun. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. Vol. 05. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TIRADENTES, Adrielly Francine Rocha. **Famílias Multifacetadas:** uma perspectiva do instituto até o estado democrático de direito e a luz do estado plurinacional. Revista Prática Jurídica. Ano XIII, nº 149. P. 11-20. Editora Consulex, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direito de família. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WAQUIN, Bruna Barbieri. **Relações Simultâneas conjugais:** o lugar da Outra no direito de família. São Luís: Café & Lápis, 2010.

APÊNDICE A – Entrevista com Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa sobre a Apelação
Cível n.º 19048/2013, Rosário/MA



UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO - UFMA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS - CCSO
CURSO DE DIREITO – TURNO MATUTINO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

No primeiro momento, gostaria de lhe perguntar sobre as especificidades do caso. O que lhe levou a entender que no caso da “APELAÇÃO CÍVEL N.º. 19048/2013 (728-90.2007.8.10.0115) – ROSÁRIO” se tratava de uma família paralela e não de uma união concubinária? No seu entendimento toda família paralela corresponde a uma união concubinária?

Des. Lourival Serejo: De jeito nenhum. A questão da família paralela é uma exceção excepcionalíssima porque nós estamos diante de um ordenamento jurídico que adota a monogamia. Portanto, para contornar essa monogamia é preciso que exista uma força de fato, uma força jurídica muito forte para justificar tal entendimento.

A força de fato nesse caso era uma convivência de 19 anos e um casamento falido em que não houve a dissolução do casamento talvez por conta da idade da esposa com quem ele tinha contato apenas uma vez por mês quando vinha a São Luís.

Ela (a esposa), por sua vez, tinha o total conhecimento da união estável lá em Rosário. Tanto que ela tinha uma irmã lá e quando ia a cidade se hospedava com a irmã, sabendo que ele estava com a companheira na casa que ele tinha comprado pra ela. Então era uma situação de fato muito forte. Com a morte dele (marido/companheiro), como é que o direito ia dizer não para ela (companheira)? Como? Se ali estava um fato notório e toda a cidade de Rosário tinha apenas ela (companheira) como a mulher dele? Isso seria uma questão de justiça. Ali a justiça afasta uma regra jurídica.

O Sr. Desembargador acredita que essa questão da união estável paralela existe na lei (está normatizada) ou que só a jurisprudência a recepciona?

Des. Lourival Serejo: A união estável paralela é uma construção jurisprudencial. Difícil, quase que uma utopia muito grande acreditar que um dia ela venha constar na lei considerando que adotamos a monogamia. Ela pode vir a ser regulamentada de modo indireto. Como ocorreu com o casamento de pessoas homossexuais que veio de modo reflexo: Nem o supremo disse abertamente em sua decisão: “pode casar” nem os legisladores tem coragem de colocar isso na lei. No Uruguai um simples artigo do código civil permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas aqui no Brasil eles não têm coragem de fazer. Acredito que essa questão vai ficar sempre jurisprudencial.

A análise do magistrado para configurar uma situação como “família paralela” depende muito dos detalhes do caso concreto?

Des. Lourival Serejo: Muito, muito, muito mesmo. Tem que ter idoneidade na relação, tem que ter quase exclusividade, tem que ter um casamento já com falência total: um liame jurídico muito frágil, como algo ainda pendurado apenas por uma linha que se configura em apenas um obstáculo legal e não ter mais apoio no fato.

A convivência e a união de fato que gera o reconhecimento da família paralela tem que ser baseada na prova do desejo das partes de constituir família. Isso é o básico: Idoneidade da relação, o tempo e esse notório desejo de constituir família.

Em todas as jurisprudências encontradas por mim que davam provimento a família paralela eram casos de convivência *more uxório* de muitos anos: 17, 23, 28 anos. O Sr. Desembargador acredita que pode ser fixado um lapso temporal por meio do qual a “união estável paralela” seja melhor identificada?

Des. Lourival Serejo: Acredito que não assim: 5 anos, 10 anos, 15 anos. Isso aí é o fato concreto que vai dizer. Mas eu não daria nenhuma com menos de 10 anos.

Na época em que foi veiculada a notícia da decisão da Apelação Cível nº. 19048/2013 eu li muitos comentários de pessoas revoltadas com a decisão. Principalmente comentando algumas manchetes, notícias que saíram em sites, jornais. O

Sr. entende que esses comportamentos tem relação com a falta de esclarecimento sobre os detalhes do caso ou acredita que muitos se sentiram incomodados em sua moralidade?

Des. Lourival Serejo: Realmente houve essa reação muito grande. Inclusive a promotora do caso: “Vocês estão destruindo a família” (falou para o Des. Lourival Serejo). Mas quem conhece as pessoas que já passaram por essa experiência sabe que essa decisão tem uma tônica de justiça muito forte. Em resposta a justiça não se pode deixar a pessoa desamparada.

Algumas notícias eram um exagero, mal exploradas pela imprensa: “Reconhecido o direito da amante” (citando uma das manchetes). Isso aqui não é amante. Amantismo é aquela união oculta, sorrateira, tanto que em alguns casos de processo judicial (reconhecimento e dissolução de união estável) a parte pede pra não ser identificada. Os amantes não saem para qualquer lugar. O Supremo fez essa diferença: a concubina é dos encontros fortuitos e a companheira é a dos permanentes.

A base é afastar a ideia da monogamia. A nossa monogamia já é relativa. Ela é sucessiva a partir do momento em que foi permitido o divórcio: “separa de uma e casa com a outra, separa e casa, casa com a outra, casa com a outra, casa com a outra...”. Observa-se essa continuidade. A fidelidade foi retirada do código civil.

APÊNDICE B – Entrevista com a Prof.^a Bruna Barbieri Waquim sobre o livro de sua autoria:
Relações Simultâneas Conjugais: o lugar da Outra no Direito de Família, 2010. Editora:
Café & Lápis



UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO - UFMA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS - CCSO
CURSO DE DIREITO – TURNO MATUTINO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

De que modo é possível conceituar uma relação extraconjugal como “união estável”, se uma das características da união estável é que ela não pode existir em concomitância a outra união estável ou a um casamento?

Prof.^a Bruna Barbieri Waquim: Boaventura Santos é um autor que discute, de forma muito emblemática, o problema da nossa era moderna, que se baseia no Racionalismo Científico como forma de construção do conhecimento científico. Por esse Racionalismo Científico, todo conhecimento deve ser mensurável por meio de divisões e classificações, o que pode tornar o saber, em algumas situações, fragmentado e engessado.

A questão das relações extraconjugais perpassa necessariamente por esse paradigma do Racionalismo Científico, de que “conhecer é dividir e classificar”. Por essa necessidade de dividir e classificar é que o casamento foi dividido entre civil e religioso; que a união conjugal foi dividida entre casamento e concubinato, e o próprio concubinato foi dividido em puro e impuro.

No nosso atual momento histórico, o movimento é pela nova divisão e categorização do próprio relacionamento extraconjugal em “relações adúlteras” e “relações simultâneas conjugais”, que é o que defendo nos meus escritos.

Nas relações adúlteras, ou relações de amantismo, não existe o interesse do casal em ser visto como uma família pela sociedade. Pode até haver duração do

relacionamento no tempo, mas não há ostensividade, não há tratamento de “marido e mulher”, não há o desejo externado de que a união seja vista como comunhão de vida. Pode haver constituição de dependência financeira, mas isto acaba sendo uma contrapartida aos ganhos de natureza afetivo-sexual.

Já nas relações simultâneas conjugais, há a particularidade de o casal manter seu relacionamento de forma ostensiva, ou seja, pública, conhecido ao menos por uma parcela do seu círculo social, com o objetivo de serem reconhecidos como uma entidade familiar e possuindo os mesmos requisitos das demais entidades familiares: assistência moral e material mútua, respeito e consideração, comunhão de vida.

A união estável entra no jogo jurídico como o parâmetro para ser utilizado para o tratamento jurídico: a nova categoria da família simultânea deve receber o mesmo tratamento jurídico atribuído à categoria da união estável.

No seu livro, a Senhora coloca que a família é anterior ao Estado, e só após ela constituir-se e desdobrar-se passou pelo crivo de direito que a “normatizou”, de modo que surgem novas situações a cada dia para a qual o direito tem que fornecer respostas. No caso de “uniões estáveis paralelas”, as consequências jurídicas de tais relações têm sido reconhecidas principalmente após a morte de um dos cônjuges, ou seja, no direito sucessório, quando se tenta buscar soluções mais justas para não deixar desamparado aquele cônjuge sobrevivente. Então eu lhe questiono como seria a recepção dessa nova figura jurídica no direito civil.

Prof.^a Bruna Barbieri Waquim: Relacionamentos extraconjugais não são a novidade do último século; são tão antigos quanto a própria história do homem. Mas se engana quem pensa que o grande impeditivo ao seu reconhecimento é a monogamia; o amor romântico, a fidelidade, são invenções posteriores ao fundamento principal do interdito às famílias simultâneas: a propriedade. Tanto o é que a maioria dos casos de famílias paralelas, como você bem coloca, só se torna conhecida pela Justiça quando o companheiro em comum (geralmente essa figura é do gênero masculino) morre e as parceiras disputam os bens da herança no Judiciário. Durante a vida, a fidelidade acaba sendo relativizada para não se “perder” aquela pessoa. Mas, na morte, é exigida a observância dessa fidelidade (não pelo parceiro, que já faleceu, mas pelo Poder Judiciário, na solução do processo) para que o patrimônio seja protegido, e não dividido.

O que proponho é que as relações simultâneas conjugais sejam, enfim, reconhecidas como uma nova categoria de família (diante dessa necessidade humana e científica de dividir, dar nomes e classificar tudo), pois existem de fato (e há muito tempo) e demandam solução aos conflitos de interesse que causam. E, para orientar esse reconhecimento, que o tratamento jurídico dispensado à união estável seja o guia do tratamento jurídico a ser dispensado às relações simultâneas conjugais.

O Código Civil, inclusive, ao tratar do concubinato, se resume a defini-lo, conceituá-lo, e não proibi-lo; tanto o é que, da leitura do artigo 1.726, é mais fácil enxergarmos a definição de uma relação simultânea conjugal (“não eventuais”, caráter de permanência) do que amantismo (“eventuais”, caráter transitório).

Em que a “relação conjugal simultânea” difere do concubinato. E, o reconhecimento dessa figura jurídica não importaria em reconhecer a bigamia ou a poligamia?

Prof.^a Bruna Barbieri Waquim: A relação simultânea conjugal é uma evolução do concubinato. Deixa de ser vista como o “relacionamento sexual” de alguém impedido para se casar, para ser vista como a “família” paralela. O enfoque não é mais no envolvimento sexual, mas sim no envolvimento psicoafetivo de duas pessoas que desejam viver uma comunhão de vida e serem reconhecidos como uma família – embora uma delas já tenha outro relacionamento estável.

Na relação conjugal simultânea, temos a incursão do Direito na Psicologia, quando reconhece a possibilidade de uma pessoa amar mais de uma outra pessoa ao mesmo tempo – o poliamorismo.

E não podemos falar em bigamia, pois este é um tipo penal cuja caracterização se encerra na proibição de dois casamentos: em Direito Penal não existe analogia, para se dizer que é crime também haver um casamento e uma união paralela, ou duas uniões estáveis concomitantes.

Já quanto a poligamia, acredito que esta questão é mais interessante à Moral e à Religião do que ao Direito. Porque, a bem da verdade, por mais que a Moral e a Religião defendam a monogamia, este não é princípio geral nem regra jurídica inscrita no nosso ordenamento.

E as sociedades, ao redor do mundo, acabam por ser hipócritas (com o perdão pela força da palavra): muitos vivem relacionamentos paralelos e gozam dessa convivência durante

toda a sua vida, acobertados pela certeza da impunidade, já que os problemas só surgem depois que essas pessoas de vida dupla saem deste plano.

Por isso fica o grande questionamento: se o Direito já tivesse previsto direitos às relações simultâneas, como pensão alimentícia, direito ao nome, partilha de bens, será se essas pessoas de vida dupla ainda manteriam relacionamentos paralelos, sabendo que seus atos teriam consequências? Será se as parceiras “oficiais” teriam a paciência, a tolerância ou fariam “olhos de mercador” a essas constituições simultâneas, se ainda em vida seu parceiro fosse demandado para responder patrimonialmente por essas relações?

São reflexões que ajudam a inserir na pauta das famílias paralelas a noção de responsabilidade que tanto faz falta à união da percepção jurídica com a social.