



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Unões estáveis paralelas: uma visão crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Joana Oliveira Fadul Dubeux

Rio de Janeiro
2011

JOANA OLIVEIRA FADUL DUBEUX

Unões estáveis paralelas: uma visão crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval
Prof^a. Kátia Silva
Prof^a. Mônica Areal
Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro

2011

UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS: UMA VISÃO CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joana Oliveira Fadul Dubeux

Resumo: O presente trabalho visa realizar uma análise evolutiva do conceito de família, a fim de alargar as modalidades constitucionalmente previstas. Nesse sentido, outras formas, já existentes ou que surjam ante o avanço da tecnologia e meio social, mereceriam a especial proteção do Estado. Este estudo tem como foco as famílias paralelas, sendo certo que ao constatar sua existência no mundo dos fatos, não se pode ignorar sua relevância jurídica, capaz de gerar direitos e obrigações para seus membros. Relevante notar ainda que não há que se falar em prevalência de uma família sobre a outra, sob pena de favorecer aquele membro comum às famílias. Por fim, cabe examinar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que afastou a possibilidade de configuração das uniões estáveis paralelas, para se concluir pela necessidade de sua revisão ante as garantias constitucionais que protegem não só a família de maneira ampla, mas também cada ser, individualmente considerado.

Palavras-chaves: Uniões estáveis paralelas. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Consequências e críticas decorrentes da aplicação dessa decisão.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de família e sua evolução histórica 2. Uniões estáveis: conceito e possibilidades 3. Das uniões estáveis paralelas 4. Uma visão crítica acerca do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma grande mudança conceitual foi consagrada no parágrafo terceiro do seu artigo 226, tendo em vista que a união estável foi reconhecida como entidade familiar. Até então, a legislação conferia proteção integral apenas ao casamento legalmente constituído, excluindo as demais formas de família que já se faziam presentes e a vida moderna cada vez mais presencia e incorpora como fato incontroverso.

Contudo, a vida em sociedade apresenta situações que mesmo não previstas em lei, devem ser analisadas e protegidas, pois, apesar de hoje taxadas como inválidas, são eficazes e produzem efeitos, não só no mundo fático, como também no jurídico.

Nesse contexto, é que se observa a presença de uniões estáveis paralelas, seja quando há um casamento válido e uma união estável concomitantemente, ou seja, duas ou até mais uniões estáveis que se acumulam ao mesmo tempo.

O presente trabalho visa a analisar esse fato social, sob o enfoque do conceito de família, a fim de contextualizar a decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, proferida no Resp 912.926-RS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que entendeu pela impossibilidade da existência de uniões estáveis paralelas, sob os argumentos de que não seria possível a “concomitância de outra relação afetiva fática duradoura (convivência de fato)”, além do que o artigo 1.723, parágrafo primeiro, parte final, do Código Civil prevê como requisito para a união estável válida a “exclusividade de relacionamento sólido”.

Diante dessa decisão, será realizado um estudo crítico que perpassa pelas consequências do reconhecimento de apenas uma das relações fáticas existentes, sem deixar de fazer uma reflexão sobre a dissonância entre a jurisprudência e a realidade, que sob a ótica do Superior Tribunal, deixaria à mercê diversas famílias, conforme um conceito moderno e atual.

Durante todo o estudo deverão ser respondidas algumas questões, tais como (i) sendo a união estável paralela uma realidade, deve a jurisprudência e a legislação deixar de consagrá-la, a fim de conferir a devida proteção?, (ii) De acordo com o moderno entendimento acerca do que se reconhece como entidade familiar, é possível se excluir uma família em prol de outra? E por fim, (iii) que consequências essa desproteção acarretaria na vida de pessoas que acreditam estar vivendo sob uma união estável, ainda que essa coexista com um casamento ou outra união estável?

Para esta pesquisa será utilizada a jurisprudência, a doutrina, artigos e demais fontes de consulta, razão pela qual a metodologia adotada é bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

Assim, ao final se pretende analisar a possibilidade da existência de uniões estáveis paralelas, uma vez que esse tema é extremamente relevante do ponto de vista acadêmico e social, pois, muitas vezes são as mudanças no plano fático que impulsionam a transformação da legislação vigente.

1. CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O conceito acerca do que vem a ser uma família, tal qual se apresenta nos dias atuais, é o reflexo de uma grande mudança nas circunstâncias fáticas, culturais e na mentalidade da sociedade, que acaba por refletir nas decisões exaradas pelos aplicadores do Direito e no atuar do próprio legislador.

Porém, nem sempre foi assim. Sob a forte influência da Revolução Francesa nasceu o Código Civil de 1916, cuja principal preocupação ao tutelar o instituto familiar era exatamente o de preservação do patrimônio, donde se extraía como consequência, por exemplo, a impossibilidade de dissolução do vínculo conjugal.

Neste sentido, tem-se um modelo de família patriarcal e hierarquizado, conforme descrito nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹:

Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra 'até que a morte nos separe', admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo do casamento. Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade.

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

Com o decorrer do tempo, os avanços tecnológicos, antes inimagináveis, passaram a fazer parte da sociedade de forma galopante, o que tornava impossível a indiferença ante tais acontecimentos.

Nesse sentido, o poder familiar sofreu uma descentralização, sendo certo que dentre outras mudanças, o casal passou a possuir de forma igualitária os mesmos direitos e deveres. Percebeu-se, assim, que o conceito de família não é algo estático, mas que sofre mudanças de acordo com a realidade social enfrentada em determinada época por aquela sociedade.

Assim, foi possível se atentar que no decorrer da evolução histórica enfrentada, o elemento tido como essencial à configuração do atual conceito de família em nossa sociedade é o afeto existente entre seus membros, além da convivência *more uxório*.

A jurisprudência brasileira moderna é pacífica no sentido de ser o afeto o elemento primordial à configuração da família tal qual se coloca atualmente, conforme se depreende do julgado proferido no REsp 833.712, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi²:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades.

- A “adoção à brasileira”, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.

- O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

- Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.

- A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registraes, apenas sanada, na hipótese, quando aquela

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp nº 833.712/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ 04 de junho de 2007.

já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.

- Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. Recurso especial provido.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 226 as formas de família consideradas pelo Constituinte à época, como merecedoras de especial proteção do Estado ao assim prever:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

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

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Diante de tal previsão constitucional os autores se dividem acerca da abrangência do mencionado artigo.

Antonio Jorge Pereira Júnior³ entende que “a despeito de outras possibilidades de relacionamento, o dever estatal quanto à especial proteção limita-se aos modelos postos pela Assembléia Constituinte. Sobre eles pode-se constituir ontologicamente a própria sociedade civil, em atenção à sua necessidade de conservação e perpetuação.”.

Em sentido contrário, Maria Berenice Dias⁴ afirma que a Constituição Federal não é taxativa em relação aos modelos familiares nela dispostos, ao assim dispor:

A Constituição reconhece a família como a base da sociedade, assegurando-lhe especial proteção (CF 226). Faz expressa referência ao casamento, à união estável e às unidades constituídas por um dos pais com seus filhos. A legislação infra-constitucional, de forma exaustiva, regulamenta o casamento; concede tratamento discriminatório à união estável e, simplesmente, esqueceu das famílias monoparentais. Esta injustificável omissão, no entanto, não autoriza que se tenham elas como inexistentes. Nem essas e nem outras. Como decanta Paulo Lobo, as entidades familiares constitucionalizadas vão muito além dos *numerus clausus*. E a doutrina, dando uma mirada à sociedade dos dias de hoje, acabou reconhecendo que a família é mesmo plural. Há toda uma nova construção do conceito de família mais próximo à realidade da vida dando ênfase à solidariedade familiar e ao compromisso ético dos vínculos de afeto.

Assim, tem-se que o modelo anterior, fundado na hierarquia, onde o poder familiar estava concentrado na figura masculina, cedeu lugar a um novo conceito de entidade familiar trazido pela Constituição Federal de 1988.

Mas não é só. Hoje os doutrinadores, tais como Maria Berenice Dias, tentam trazer para sob o manto de proteção da Constituição, núcleos antes marginalizados, mas que são realidades fáticas, não sendo possível, ante a gama de direitos fundamentais elencados em nossa

³ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Conceito de Família na Constituição Federal. In: BONVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.374.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 85.

Carta, deixar de reconhecer a proteção devida, inclusive no que toca ao fato de que se tratarem de verdadeiras famílias.

Dessa forma, prepondera o entendimento esposado pela mencionada autora que entende que o conceito de família vai além daqueles modelos elencados pelo Constituinte, inclusive porque à época da promulgação da Constituição não se era possível antever a gama de situações e a mudança de mentalidade pelas quais a sociedade passaria.

O certo é que por mais que o legislador vislumbre que determinados núcleos mereçam especial proteção, existem entidades fundadas no afeto e na intenção de ser, de fato, uma família, que merecem essa mesma proteção. Por mais que essas famílias não sejam a maioria, cabe ao Supremo Tribunal Federal, como poder contra-majoritário, interpretar as normas de forma a abarcarem também esses grupos.

Acerca do papel do Supremo Tribunal Federal como poder contra-majoritário, é importante destacar um trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MS 26441, de relatoria do Ministro Celso de Mello⁵:

“Acredito que o Tribunal, hoje, tem, uma vez mais, a possibilidade histórica de reafirmar essa sua jurisprudência do papel da jurisdição constitucional como instrumento de proteção das minorias – eu não me canso de referir ao texto célebre de Kelsen, na sua jurisdição constitucional, onde se resolve essa suposta antinomia entre jurisdição constitucional e democracia, demonstrando que, na verdade, a jurisdição constitucional cumpre um papel importante ao velar pela observância das regras básicas da Constituição, ressaltando e protegendo, inclusive, essa relação entre maioria e minoria, permitindo que a democracia se consolide de forma clara.

Gustavo Binenbojm⁶ reforça essa idéia acerca do poder contra-majoritário enquanto elemento essencial à concretização da democracia, ao citar Ronald Dworkin, que procura

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.441. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 18 de dezembro de 2009.

“demonstrar que uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite como pressupõe a salvaguarda de posições contramajoritárias (os direitos fundamentais), cuja força obrigatória advém de *princípios* exigidos pela moralidade política”.

Diante de tais explanações, não há como se desconsiderar as relações existentes em nosso meio social e o fato de que elas configuram uma família, ainda que com suas peculiaridades.

Dessa forma, sendo a Constituição de 1988 de caráter analítico, deve-se abarcar o máximo de situações possíveis de maneira a promover sua proteção e a compatibilização com o meio social.

2. UNIÕES ESTÁVEIS: CONCEITO E POSSIBILIDADES

Desde os tempos mais remotos, os seres humanos têm a tendência de se unirem para fins de constituição de uma unidade familiar. Essa formação pode se dar de maneira formal, seguindo-se todo o trâmite previsto na Constituição e legislação infra-constitucional ou simplesmente através da informalidade, sem que qualquer rito seja observado

Nesse rol das relações familiares constituídas de fato, uma difícil tarefa consiste em conceituar o instituto da união estável, bem como os requisitos necessários para que assim seja compreendida.

⁶ DWORKIN *apud* BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 53.

Maria Berenice Dias⁷ contribuiu para a realização dessa conceituação ao dispor que a união estável advém da convivência, capaz de transformar um fato em ato jurídico. Porém, esta autora vai além e prevê que “o que se exige é a efetiva convivência *more uxório*, com características de união familiar, por um prazo que denote estabilidade e objetivo de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados”.

Assim, depreende-se que para uma relação ser considerada como uma união estável é imprescindível que haja a intenção de constituir uma família, além da presença do elemento afetividade entre seus membros.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, esse instituto passou a ser equiparado ao casamento para efeitos de proteção estatal. Tal fato gera controvérsias na medida em que se questiona até que ponto caberia ao Estado interferir na esfera íntima daquela família que optou pela informalidade.

Nesse diapasão, prossegue Maria Berenice Dias⁸ em sua obra ao se referir ao fato de que a intromissão do constituinte acaba por tornar uma união antes livre em uma situação que deve observar as regras então impostas. Afirma ainda que “ao mesmo tempo em que não se quer a intervenção do Estado nas relações mais íntimas, busca-se a sua interferência para lhes dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca”.

Neste mesmo sentido, Antonio Jorge Pereira Júnior⁹ entende que a vontade as partes foi suplantada pelo vínculo imposto pelo Estado:

Nestes casos a vontade individual das partes não prevalece sobre a realidade social da vinculação, *juridicamente imposta*, devido ao reconhecimento social de uma relação

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.166.

⁸ *Ibidem*, p. 166.

⁹ PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 2.380.

esponsal, a despeito da deliberação contrária do companheiro e da companheira. Com o dispositivo constitucional, a sociedade civil uniu *juridicamente* aqueles que pretendiam manter uma união informal. Há uma *função social* nos agrupamentos familiares, mesmo naqueles que se constituem de modo imperfeito, como é o caso da união estável, em comparação com o matrimônio. Não é permitido escapar do compromisso social que a vida familiar ocasiona, por meio da ausência de formalização do vínculo.

Em verdade, a Constituição Federal nada mais fez do que reconhecer e proteger aquelas relações que desde sempre existiram no mundo dos fatos, mas que careciam de regulamentação, uma vez que acabavam por desamparar o membro mais fraco daquela união.

Antes da Constituição Federal de 1988, tentava-se suprir a injustiça advinda da ausência de norma, por meio de diversos mecanismos, tais como reconhecer-se aquela união como uma sociedade de fato, ou mesmo conferir à mulher uma indenização por serviços prestados, para fins de amparo patrimonial.

Dessa forma, a despeito das críticas acima constatadas, não se pode deixar de enaltecer os bônus advindos do reconhecimento da união estável como entidade familiar e sua equiparação ao casamento, para fins de especial proteção do Estado.

Apenas é importante ressaltar que apesar da previsão constitucional, ambos os institutos continuam a ter regras diferenciadas em diversos dispositivos da legislação infra-constitucional, fato este que tem gerado controvérsia acerca da equivalência entre os institutos do casamento e da união estável.

Maria Berenice Dias¹⁰ defende a releitura dos artigos que diferenciam os mencionados institutos, pois uma vez que a Constituição conferiu o direito à igualdade de proteção, não pode uma norma abaixo da Magna Carta prever de forma diversa, sob pena de ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso social.

¹⁰ DIAS, *op. cit.*, p. 167.

Já Antonio Jorge Pereira Júnior¹¹ discorda do posicionamento acima citado e ressalta que:

Mas, deve-se notar que apesar de a união estável se assemelhar ao casamento, com ele não se identifica. O constituinte previu que a lei facilitasse a conversão da união estável em casamento, o que leva a inferir que o casamento é causa final e exemplar da união estável. Além do mais, caso fossem idênticas as situações não haveria porque *converter* a união estável em casamento. A extensão da proteção do Estado à união estável se deve ao reconhecimento de sua similitude – e não identificação, como alguns pretendem – ao matrimônio civil.

Assim, apesar de toda a discussão acerca do tema, a proteção conferida à união estável trouxe maior segurança jurídica às relações e representa de forma inegável um avanço social, pois sendo as regras que regem as relações familiares de ordem pública, não podem os direitos e obrigações delas decorrentes serem derogados pelas partes, naquilo que concerne ao seu núcleo essencial.

3. DAS UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS

Como cediço, o mundo do dever-ser é, na maioria das vezes, diverso daquilo que realmente é. Assim também ocorre com relação às matérias ligadas ao Direito de Família.

¹¹ PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 2.380.

A realidade é que algumas pessoas mantêm mais de uma relação afetiva concomitantemente, nelas presentes todos os requisitos necessários à constituição de uma entidade familiar, como o afeto, a convivência (que não significa que o casal deve necessariamente morar sob o mesmo teto) e a intenção de formar uma família.

Negar o reconhecimento dessas relações paralelas seria prestigiar uma família em detrimento de outra, que igualmente existe. Neste mesmo sentido, Maria Berenice Dias¹² entende que a partir do momento em que mais de uma família possui “um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes têm filhos, e há construção patrimonial em comum”.

Mais adiante, a mencionada autora¹³, ao tratar das consequências jurídicas de não se reconhecer mais de uma entidade familiar, afirma que ante a impossibilidade prevista em nossa Constituição Federal de se realizar qualquer diferença entre os filhos, “deixar de reconhecer o direito da mãe, pela via inversa e reflexamente, é não reconhecer o direito que o filho teria à herança dela”.

Nessas relações, a despeito do que muitos pretendem, não cabe perquirir se o(a) companheiro(a) tinha ciência da existência da outra família, pois se assim o fosse estar-se-ia beneficiando ainda mais aquele que omite sua condição.

Maria Berenice Dias¹⁴ entende ainda que como decorrência lógica, tem-se que o não reconhecimento das relações paralelas, com a proteção de apenas uma delas, causaria um benefício injusto e desproporcional àquele membro comum a ambas as relações.

¹² DIAS, *op. cit.*, p. 51

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem*, p. 53.

Muitas vezes ambas as famílias estão constituídas há anos e não se tem como saber precisamente qual delas se formou primeiramente. Contudo, ainda que esta informação seja de fácil conhecimento, afastar a proteção jurídica conferida às famílias posteriormente formadas não se coaduna com a intenção do Poder Constituinte que conferiu ampla proteção à família, em geral e à pessoa humana, que fatalmente restaria além de desprotegida, exposta perante seus demais entes familiares e à própria sociedade.

Assim, descabe falar no reconhecimento de apenas uma das famílias, restando à outra o amparo das normas de Direito Civil, resolvendo-se no âmbito das sociedades de fato. Afinal, a Constituição trata da proteção estatal da união estável de maneira ampla, sem restringir sua incidência.

Não se mostra igualmente tolerável o argumento de que se estaria desrespeitando o preceito monogâmico. Isso porque o que se veda é a realização de mais de um casamento, instituto este precedido de ampla formalidade e autorização estatal anterior à sua realização. Nas uniões estáveis tal fato não se verifica, uma vez que a formação do vínculo se dá de maneira espontânea e informal, sendo certo que o reconhecimento pelo Estado ocorre em momento posterior à sua consolidação.

Pablo Stolze Gagliano¹⁵ teceu importante comentário acerca do papel da monogamia e da fidelidade enquanto valores existentes em nossa sociedade e ordenamento jurídico:

Com isso, no entanto, não se conclua que, posto a monogamia seja uma nota característica do nosso sistema, a fidelidade traduza um padrão valorativo absoluto. O Estado, à luz do princípio da intervenção mínima no Direito de Família, não poderia,

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da(o) Amante – Na Teoria e na Prática (dos Tribunais), In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (coord.). *Afeto e Estrutura Familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 443.

sob nenhum pretexto, impor coercitivamente, a todos os casais, a estrita observância da fidelidade recíproca.

A falta de proteção às famílias paralelas implica em uma interferência exacerbada do Estado no livre arbítrio dos membros da sociedade, já que esses podem e devem decidir a maneira pela qual se relacionam uns com os outros, sendo, inclusive um direito da quarta geração, este que diz respeito à felicidade.

Neste ínterim, além de preservar as escolhas de cada um, cabe ao Estado proteger a formação de eventual família, enquanto pilar da sociedade, sem que a ele caiba coibir ou negar assistência, já que esta esfera de decisão não lhe compete.

4. UMA VISÃO CRÍTICA ACERCA DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em recente julgamento, realizado em 22/02/2011, o Superior tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 912.926/RS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão¹⁶, entendeu pela impossibilidade de reconhecimento das uniões estáveis paralelas:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS
SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSIVIDADE DE
RELACIONAMENTO SÓLIDO. CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA JURÍDICA DA

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp nº 912.926/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJ 07 de junho de 2011.

UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DO § 1º DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

1. Para a existência jurídica da união estável, extrai-se, da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, *fine*, o requisito da exclusividade de relacionamento sólido. Isso porque, nem mesmo a existência de casamento válido se apresenta como impedimento suficiente ao reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato, circunstância que erige a existência de outra relação afetiva factual ao degrau de óbice proeminente à nova união estável.

2. Com efeito, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí por que se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.

3. Havendo sentença transitada em julgado a reconhecer a união estável entre o falecido e sua companheira em determinado período, descabe o reconhecimento de outra união estável, simultânea àquela, com pessoa diversa.

4. Recurso especial provido.

Ao decidir nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça considerou que o elemento que afasta a possibilidade da concomitância de mais de uma união estável é a incapacidade de existência de uma relação fática duradoura paralela à outra que se pretende ver protegida.

Contudo, esse argumento mostra-se frágil ante uma série de questões inafastáveis. Primeiramente, o elemento preponderante na configuração de uma família é o afeto e a convivência *more uxório*, conforme explicitado anteriormente. Assim, estando presentes tais requisitos há, inegavelmente, naquele núcleo, a formação de uma família.

Não importa se aquela família não se formou conforme o modelo idealizado pelo legislador. Ela merece igualmente a proteção estatal, o que engloba não só os direitos decorrentes do eventual rompimento do vínculo em vida, mas também para fins sucessórios, incluindo-se um possível direito à pensão ou no que se refere às questões previdenciárias.

Ressalte-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça¹⁷ em 2000, reconheceu efeitos jurídicos às uniões estáveis concomitantes, em relação ao prêmio oriundo do seguro de vida daquele membro comum entre as famílias:

SEGURO DE VIDA EM FAVOR DE CONCUBINA. HOMEM CASADO. Situação peculiar de coexistência duradoura do *de cuius* com duas famílias e prole concomitante advinda de ambas as relações. Indicação da concubina como beneficiária do benefício. Fracionamento. Inobstante a regra protetora da família, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o de cuius, a particular situação dos autos, que demonstra “bigamia”, em que o extinto mantinha-se ligado à família e concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do Direito. Recurso conhecido e provido em parte para determinar o fracionamento, por igual, da indenização secundária

Assim, diante de todos os preceitos fundamentais envolvidos, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, todas as regras aplicáveis ao Direito de Família, com suas obrigações, direitos e deveres, devem decorrer da formação desse vínculo.

A este respeito cabe trazer o posicionamento de Maria Berenice Dias¹⁸ que entende que o não reconhecimento da família paralela aniquila os direitos e deveres oriundos do Direito de Família, uma vez que “a companheira não pode receber alimentos, herdar, ter participação automática na metade dos bens adquiridos em comum”.

Ademais, é importante salientar que esta relação existe no mundo dos fatos e, portanto, deve repercutir no mundo jurídico, sob pena de marginalizar aqueles que voluntariamente desejaram se unir.

A decisão contrária ao reconhecimento das uniões paralelas, além de representar um retrocesso na medida em já se reconheceu outrora sua existência, inclusive para efeitos

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp nº 100.888/BA. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 12 de março de 2000.

¹⁸ DIAS, *op. cit.*, p. 53-54.

decorrentes do Direito de Família, carece do principal, qual seja o amparo na realidade fática de muitas famílias. Quando uma decisão causa estranheza por sua flagrante injustiça, a ela falta validade social.

Cabe ressaltar ainda que recentemente o Supremo Tribunal Federal¹⁹, de forma tardia, porém bem-vinda, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, em um julgamento de suma importância, realizado na ADI 4.277 e na ADPF 132, de relatoria do Ministro Ayres Britto. Cabe aqui transcrever um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

[...] A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema.

A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.

O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalsamaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies.

(...)

O § 5º do artigo 226 da Constituição Federal equiparou homens e mulheres nos direitos e deveres conjugais, determinando a mais absoluta igualdade também no interior da família. O § 4º do mencionado dispositivo admitiu os efeitos jurídicos das denominadas famílias monoparentais, formadas por apenas um dos genitores e os filhos. Por fim, o § 3º desse artigo expressamente impôs ao Estado a obrigatoriedade de reconhecer os efeitos jurídicos às uniões estáveis, dando fim à idéia de que somente no casamento é possível a instituição de família.

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

(...)

Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADI nº 4.277 e ADPF nº 132. Relator Ministro Ayres Britto. DJ 13 de maio de 2011.

afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I.

(...)

se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar.

(...)

Com base nesses fundamentos, concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade.

Nesse julgamento, ressaltou-se que a família é a base da sociedade, não o casamento, o que traduz exatamente porque se deve proteger todos os núcleos em que se identifique uma relação familiar, independente de estar ou não assim expressamente consagrado na legislação brasileira.

Antes mesmo do julgamento acerca das uniões homoafetivas, já se reconhecia às relações travadas entre pessoas do mesmo sexo, direitos eminentemente de caráter familiar, tais como o direito do parceiro homossexual de ser dependente no plano de saúde do seu companheiro, conforme disposto na Súmula Normativa nº 12, expedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, em 04 de maio de 2010²⁰:

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, no uso das competências que lhe conferem os artigos 3º e 4º, incisos II, XXIV e XXVIII, combinado com o artigo 10, inciso II, da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, e em conformidade com o inciso III, do artigo 6º do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Normativa - RN nº 197, de julho de 2010.

Considerando os princípios dispostos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente o da igualdade (art. 5º, caput), o da proibição de

²⁰ BRASIL. Súmula Normativa nº12, de 04 de maio de 2010. Disponível em: www.ans.gov.br. Acesso em: 20 abr. 2011.

discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), o da liberdade (art. 5º, caput) e o da proteção da segurança jurídica; Considerando o disposto no inciso II, do artigo 4º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000; e

Considerando as definições de grupo familiar previstas no artigo 5º, §1º, inciso VII, e no artigo 9º, §1º, da RN nº 195, de 14 de julho de 2009: Resolve:

Adotar o seguinte entendimento vinculativo:

1 - Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo.

Contudo, na contramão dos acontecimentos, quando então normalmente, caberia ao Judiciário o papel de reconhecer situações já consolidadas em número considerável e interpretar evolutivamente o ordenamento jurídico, adveio a decisão que reconheceu a impossibilidade de uniões estáveis paralelas.

Esse descompasso entre a realidade e o conteúdo da decisão exarada traz consequências graves não só para as partes efetivamente envolvidas, mas para a sociedade como um todo, que passa a não enxergar no Poder Judiciário o amparo de que necessita, ante as lacunas legislativas.

Maria Berenice Dias²¹ explicita em sua obra que:

A repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a invisibilidade a que são condenados só privilegia o 'bígamo'. São relações de afeto e, apesar de serem consideradas uniões adulterinas, geram efeitos jurídicos. Presentes os requisitos legais, é mister que a justiça reconheça que tais vínculos afetivos configuram união estável, sob pena de dar uma resposta que afronta a ética, chancelando o enriquecimento injustificado. Depois de anos de convívio, descabido que o varão deixe a relação sem qualquer responsabilidade pelo fato de ele – e não ela – ter sido infiel.

Diante das considerações aqui feitas, conclui-se que, sendo a relação travada concomitantemente à outra também considerada como um núcleo familiar, não resta alternativa

²¹ DIAS, *op. cit.*, p. 50.

ao Estado senão a de lhe conferir proteção jurídica, a fim de tirá-la do limbo e do olhar discriminatório da sociedade.

Esta concepção ampliada traz ares de verdade e autenticidade a esta família, que além de satisfazer todos os requisitos para que desta forma seja classificada, possui o mais importante: ela assim se reconhece e se identifica enquanto entidade familiar.

Nesse sentido, compete ao Estado protegê-la, não sendo legítimo qualquer ato que suplante ou atente contra essa sensação de unidade e afeto existente entre seus membros.

CONCLUSÃO

Conforme analisado ao longo deste trabalho é inegável a existência de outras formas de família além daquelas previstas na Constituição Federal. Tal fato ocorre em relação às famílias paralelas, que não receberam qualquer tratamento legislativo expresso, mas que existem em nossa sociedade.

Nesse sentido, presentes os requisitos necessários à configuração de uma união estável, não há que se falar em prevalência entre famílias concomitantes. Todas são unidades que merecem especial proteção, tendo em vista a importância deste instituto tanto para o Estado, quanto para seus membros.

Negar os direitos e deveres que emanam destas famílias, nada mais é do que privilegiar aquele que integra ambos os núcleos e desamparar o companheiro, considerado como a parte mais fraca daquela relação.

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter proferido uma decisão na qual reconheceu a impossibilidade da configuração de uniões estáveis paralelas, esta não se mostra em consonância com a realidade fática experimentada pelas diversas camadas sociais.

Assim, o presente trabalho procurou demonstrar a necessidade de se rever esta posição, a fim de se proteger efetivamente esses grupos e mais: promover a necessária garantia de valores constitucionais tais como a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Não cabe ao Estado imiscuir-se na função de definir o que deve ou não ter respaldo dentro do âmbito das relações familiares, no que concerne à sua configuração. Isso porque as pessoas possuem a capacidade de decidirem pela forma de convivência que melhor lhes aprouver, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à constitucionalidade das uniões homoafetivas.

Ao adentrar nesse mérito e deixar de reconhecer efeitos jurídicos, típicos do Direito de Família a estas entidades formadas ainda que informalmente, tem-se uma enorme invasão na esfera da privacidade familiar.

Diante destas considerações e da impossibilidade do constituinte prever todas as formas possíveis de famílias quando da elaboração da Constituição, deve o Estado conferir uma interpretação alargada, de forma a compreender evolutivamente o conceito de família e abarcar estas unidades formadas pelo afeto e com o manifesto intuito de ser, de fato, uma família.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Súmula Normativa n. 12, de 04 de maio de 2010. Disponível em: www.ans.gov.br. Acesso em: 20 abr. 2011.

BRASIL. Código Civil. *Código Civil, Legislação Civil, Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN *apud* BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FELIPE, Jorge Alves Felipe. *Relacionamentos Afetivos nos Direitos Civil e Previdenciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

FREIRE, Reinaldo Franceschini. *Concorrência Sucessória na União Estável*. Curitiba: Juruá, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da(o) Amante: Na Teoria e na Prática (dos Tribunais), In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (coord.). *Afeto e Estrutura Familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Conceito de Família na Constituição Federal. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.