



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Tratamento Jurídico das Relações Simultâneas sob a Ótica da Dignidade da Pessoa Humana

Luciana Najan Silva da Cruz

Rio de Janeiro
2010

LUCIANA NAJAN SILVA DA CRUZ

O Tratamento Jurídico das Relações Simultâneas sob a Ótica da Dignidade da Pessoa Humana

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

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Luciana Najan Silva da Cruz

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.
Advogada.

Resumo: A família é uma das formas de realização do indivíduo e a sua proteção decorre de um imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Com o passar do tempo as relações familiares deixaram de se restringir à forma tradicional do casamento para ampliar as suas representações e o ordenamento jurídico não permaneceu alheio às mudanças. Falar em Direitos das Famílias e entidades familiares é falar de relações afetivas e, como tais, são amplas e diversificadas. Nesse passo, também merecem proteção jurídica as uniões simultâneas, as quais ensejam divergências doutrinárias e jurisprudenciais. A essência deste trabalho é promover um estudo de tais relações simultâneas e como são tratadas pelo ordenamento jurídico, abordando as principais divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Palavras-chave: Direito das Famílias. Dignidade da Pessoa Humana. Relações Paralelas. Entidade Familiar.

Sumário: Introdução. 1. Evolução histórica das relações familiares. 2. Discussões doutrinárias acerca das uniões simultâneas. 3. O reconhecimento jurídico da união simultânea à luz da dignidade da pessoa humana. 4. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

1 - INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da união simultânea ou paralela. O Código Civil de 1916, visando à proteção da família constituída segundo os ditames sociais daquele momento regulou apenas as relações matrimoniais, ou seja, o casamento. Qualquer outra relação afetiva que não se constituísse por meio do casamento não possuía proteção legal. No

entanto, tal situação não impediu que outras formas de união se formassem ainda que destituídas de amparo legal. Nesse passo, inicialmente, a jurisprudência, buscando solucionar os conflitos decorrentes das relações afetivas, e, posteriormente, a própria legislação, passou a reconhecer que o casamento não é, e nem poderia ser, a única forma de entidade familiar a merecer especial proteção jurídica. Tanto assim, que o legislador constituinte reconheceu a união estável como entidade familiar, assim como a família monoparental e, ainda, hoje se discute a necessidade do reconhecimento da união homoafetiva como família.

Portanto, tem-se que a família não é um instituto com forma e molde previamente estipulados que poderia ser congelado em conceituações jurídicas imutáveis. Ao contrário, a família é um fato social e, como tal, sofre inúmeras modificações de acordo com os conceitos e valores de determinado momento histórico. No entanto, por sua importância na realização pessoal do indivíduo e dentro da sociedade, a família merece especial proteção do Direito, como bem assevera o artigo 226 da Constituição. E, é o Direito das Famílias que regula tais relações afetivas, sendo certo que diversos são os princípios que regem a matéria, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana, da afetividade, do pluralismo familiar e da monogamia.

O presente trabalho busca problematizar esse último princípio mencionado diante da realidade social que remete à existência de relações simultâneas, de modo a relativizar o referido princípio à luz da dignidade da pessoa humana. A monogamia não é um princípio constitucional, em verdade, a monogamia tem uma função ordenadora da família de modo que o direito não reconhece relações decorrentes da violação do dever moral de fidelidade. Assim é que a lei determina os impedimentos matrimoniais e tais impedimentos se estendem à união estável já que esta se equipara ao casamento para efeitos legais, bem como determina que a bigamia é causa de anulação do casamento.

Nada obstante, nas relações cotidianas é comum que uma única pessoa mantenha duas relações familiares, são as relações simultâneas, que, apesar de não possuírem previsão legal,

não deixam de produzir efeitos jurídicos. Ressalta-se que não se refere aqui a relações extramatrimoniais eventuais, mas a relações que possuem todos os requisitos elencados na lei como caracterizadores da união estável, tais como, a convivência pública, a continuidade da relação e o ânimo de constituir família. Não se pode deixar de reconhecer que tais relacionamentos produzem efeitos jurídicos, haja vista que aqueles envolvidos numa relação de concubinato podem, por exemplo, construir patrimônio e ter filhos. Logo, a monogamia é o modelo familiar típico das sociedades ocidentais e o presente trabalho não busca negar essa condição, tampouco pregar outro modelo institucional. O que se objetiva é um estudo do tratamento dos efeitos jurídicos que decorrem das relações simultâneas, realidade fática que não pode ficar à margem do Direito.

O tratamento e a proteção jurídica que se dá a essas segundas relações, portanto, é o objeto do presente artigo. Ao longo do artigo, serão analisados os princípios norteadores do Direito das Famílias, as discussões doutrinárias e jurisprudenciais que o tema enseja, a necessidade do reconhecimento das tais relações quando se analisa a questão sob a ótica da dignidade da pessoa humana e a solução dos tribunais para as questões referentes ao tema que são levadas ao Judiciário.

O objetivo principal é partir da análise da evolução histórica das relações familiares e do tratamento jurídico dado a elas ao longo do tempo para melhor compreender e interpretar a legislação vigente acerca do tema e os direcionamentos que a doutrina e a jurisprudência vêm buscando.

A pesquisa adotou o procedimento qualitativo do tipo descritivo e parcialmente exploratória.

1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A união de pessoas pelo vínculo familiar não é fato recente. Ao contrário, enquanto seres sociais, os homens sempre buscaram a manutenção de vínculos, seja por interesses de classes, por relações trabalhistas ou relações de amizade, interesses políticos, e, também, relações de afeto.

Antes de tudo, portanto, a família é uma construção social e como tal se organiza segundo as normas ditadas pela cultura do local onde está inserida, o que se altera de acordo com o momento histórico e com a evolução dos anseios da sociedade, sendo certo que em diferentes sociedades é possível se encontrar diferentes formas de organizações familiares. O que se quer dizer com isso é que família não é um conceito congelado, estático e imutável, mas uma instituição que sofre modificações de acordo com a evolução social.

É um fato natural que, no entanto, gera diversas situações que interessam ao Direito, tais como a filiação, a construção de patrimônio comum, o uso do nome, a dependência econômica entre os cônjuges, o dever de sustento, a separação, dentre outros.

Por tal razão, se impõe a intervenção estatal por meio da ordem jurídica para regular as relações familiares, de modo a não deixar os efeitos que delas decorrem à livre disposição das partes envolvidas. Essa intervenção do Estado nas relações privadas, como expõe DIAS (2009, p.27), “levou à instituição do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais.” Assim é que em determinado momento histórico a sociedade convencionou o matrimônio como regra de conduta, como sendo o pilar da estrutura familiar.

Na sociedade pré-revolução industrial, a família era uma entidade patrimonializada e hierarquizada, centrada na figura do homem, chefe da família. Tratava-se de uma sociedade patriarcal, na qual a família era formada por todos os parentes, funcionando como uma unidade de produção, sem deixar de buscar a procriação.

A revolução industrial, por sua vez, iniciou uma mudança nesse padrão de família. A mulher foi inserida ainda que de forma incipiente no mercado de trabalho e aos pouco a família foi perdendo o caráter meramente produtivo e reprodutivo. Com a expansão das cidades, a família passou a ocupar espaços menores, diminuindo o núcleo familiar e vindo a ser cada vez mais prestigiada a relação de afeto em detrimento dos interesses sociais e políticos.

E o Direito, buscando a proteção da família, sem, no entanto, engessar a instituição também foi sofrendo modificações, ainda que se considere que as transformações sociais são tão dinâmicas que o processo legislativo não consegue acompanhá-las de forma efetiva.

No Brasil, o Código Civil de 1916 regulava um modelo de família hierarquizada e patriarcal, centrada no casamento. Dessa forma, só se considerava como entidade familiar aquela fundada no casamento entre homem e mulher. Nenhuma outra relação era considerada como família perante a legislação vigente, restando qualquer outra modalidade de união afetiva desprovida de proteção legal. A legislação previa a indissolubilidade do casamento, a obrigatoriedade de identificação da família pelo nome do cônjuge varão, a incapacidade relativa da mulher, o não reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. De acordo com DIAS (2009, p.45), é certo que “o Estado sempre resistiu em admitir vínculos de convivência formados sem o selo da oficialidade.”

Com as mudanças sociais, o modelo matrimonial de família sofreu transformações. As relações extramatrimoniais, que sempre foram uma realidade, passaram a ser reconhecidas pela jurisprudência, que concedia indenização pela prestação de serviços domésticos como meio de garantir os alimentos quando do fim da relação extramatrimonial. O STF editou o enunciado 380 da súmula de sua jurisprudência dominante, o qual estabelecia a sociedade de fato entre casal unido por vínculos afetivos, mas que não era casado, a fim de conferir efeitos jurídicos à relação e evitar o enriquecimento sem causa.

A evolução da família levou às alterações legislativas. Em 1962 foi editado o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), que previu a plena capacidade da mulher casada. Posteriormente, foi instituído o divórcio pela Emenda Constitucional 9/77 e pela Lei 6.515/77, rompendo, assim, com a noção de indissolubilidade do casamento, e, finalmente, a Constituição de 1988 que, tendo a dignidade da pessoa humana como princípio basilar, passou a reconhecer como família outras relações que não aquelas formadas pelo casamento, tal como a família monoparental e a união estável, bem como previu a igualdade entre os filhos, sejam eles havidos ou não do casamento, como se verifica no artigo 226, §4º.

A Constituição consagrou os princípios da igualdade, da liberdade, do pluralismo das entidades familiares e da afetividade. Conforme destaca ALBUQUERQUE FILHO (2001, p. 2), “o princípio do pluralismo das entidades familiares, encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares, rompe com a orientação legal centenária, que vem desde as Ordenações do Reino (...).”

O Código Civil de 2002 buscou atualizar e adequar as normas aos novos conceitos de família e às novas situações que surgiram, sendo certo que o projeto desse Código data de 1975, razão pela qual deixou de cuidar de situações mais recentes como a união homoafetiva e as uniões simultâneas, objeto do presente estudo, bem como a questão da filiação socioafetiva.

Dessa forma, o que se verifica é que a evolução social gerou uma mudança no próprio conceito de família, que deixou de ser relacionado necessariamente ao casamento, passando a ser reconhecidas outras formas de união. E, apesar da Constituição possuir previsão expressa apenas da união estável e da união monoparental, não se pode deixar de interpretar as normas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da realidade social. Nesse sentido, DIAS (2009, p. 41) afirma que: “A consagração da igualdade o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento

operam verdadeira transformação na família.” Vale ressaltar que a existência de novas estruturas e o seu reconhecimento no ordenamento jurídico não significa que o casamento deixou de ser prestigiado pela sociedade. Ao contrário, o casamento ainda é instituto usual, mas deixou de ser o único e exclusivo modelo de estrutura familiar.

A mesma autora supramencionada define as diversas uniões existentes atualmente, valendo ressaltar que os exemplos não são exaustivos, sendo possível que surjam novas formas ainda não vislumbradas. Alguns dos modelos familiares citados pela autora em comento, além do matrimonial, são: a união informal, caracterizada pela chamada hoje de união estável; a união homoafetiva, que é aquela entre pessoas do mesmo sexo; a união monoparental, formada por qualquer dos pais e os filhos; a família anaparental, formada pela convivência como estrutura familiar de irmãos, por exemplo.

O ordenamento jurídico, mesmo com todas as alterações legislativas, não conceitua o que seria a família atual e nem poderia, pois, como afirmado, há novos pilares e novos padrões e a lei não poderia conceituar a nova realidade que está em constante transformação. Ademais, estabelecer conceitos não é tarefa do legislador.

Não obstante, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) que trata da violência doméstica prevê no seu artigo 5º, III, um conceito que se coaduna com o quadro atual acerca das famílias, qual seja, qualquer relação baseada no afeto.

Com efeito, o afeto é a palavra de ordem quando o assunto é família. A união que pode ser tida como família deve ser aquela fundada no afeto, na solidariedade, na satisfação da dignidade humana. O princípio da afetividade indica que o este é um elemento da família, que deriva da convivência cotidiana e não de laços de sangue.

Mas não somente isso. LOBO (2010) elenca algumas características comuns a todos os tipos familiares. Além do afeto, estão também presentes, a estabilidade, de modo a excluir

os relacionamentos casuais, e a ostensibilidade, o que significa que a família se apresenta assim publicamente.

Não há, por conseguinte, um rol exaustivo do que seria família, seja na Constituição, seja na legislação infraconstitucional. É a realidade, as situações fáticas que mostrarão se a relação em questão pode ser considerada família ou não.

É nesse contexto que se insere a discussão acerca das uniões simultâneas, ou seja, a união em que um dos conviventes é casado ou mantém outra relação de união estável. Nelas estão presentes todos os elementos caracterizadores das relações familiares, mas há forte resistência tanto na doutrina quanto na jurisprudência ao seu reconhecimento como família, deixando tais uniões à margem do Direito das Famílias, sem proteção jurídica, apesar de ser uma realidade fática que não se pode negar.

As uniões simultâneas se baseiam no afeto entre os conviventes, na relação duradoura, muitas vezes pública, com filhos, mas a questão não é pacífica em nossa jurisprudência, nem mesmo na doutrina, como se verá.

2 – DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DAS UNIÕES SIMULTÂNEAS

O reconhecimento jurídico da união estável foi fruto de um processo de evolução histórico-social, ao qual o ordenamento brasileiro teve que se adequar de modo a não deixar de tutelar determinadas situações de fato, que se tornaram cada vez mais recorrentes na sociedade, tais como a união afetiva de indivíduos não unidos pelo casamento, bem como para incluir sob a proteção da legislação os indivíduos que se encontravam nessa condição.

Isso porque o indivíduo é, indubitavelmente, a finalidade principal de um Estado Democrático de Direito e, sob esse prisma, cabe à ciência jurídica acompanhar a realidade social e se adequar aos novos anseios e práticas sociais, seja por meio da edição de leis que

tutelem novos direitos, seja por meio da atividade dos magistrados. E, nesse ponto, a atuação da doutrina e da jurisprudência exerce papel fundamental de interpretação da legislação vigente em vistas da realidade, na medida em que o processo legislativo não é tão célere quanto as transformações sociais.

É nesse contexto que se enquadra a discussão acerca do reconhecimento jurídico das uniões simultâneas. Não há previsão expressa do instituto na legislação vigente e a doutrina e jurisprudência na busca de tutelar os interesses individuais divergem acerca da possibilidade de se reconhecer efeitos jurídicos a tais uniões. A análise envolve a interpretação sistemática e teleológica da legislação referente ao Direito das Famílias.

Inicialmente, a doutrina diferenciava o concubinato puro, do concubinato impuro. Considerava-se como concubinato puro a relação afetiva e não eventual de pessoas que poderiam casar, mas que por razões de ordem pessoal optavam por não fazê-lo. Por sua vez, o concubinato impuro se caracterizava pela união de pessoas legalmente impedidas de casar. Com o advento da Constituição de 1988 e o reconhecimento da união estável, ou seja, a união afetiva e não eventual de pessoas que não estão impedidas de casar, o termo concubinato passou a se referir apenas àquele impuro, já que o chamado concubinato puro passou a ser titulado de união estável.

O Código Civil de 2002, ao disciplinar a união estável, fez expressa diferenciação em relação ao concubinato, apenas dando reconhecimento de entidade familiar à primeira.

Nesse sentido, o artigo 1.723, §1º, do Código Civil de 2002 estabelece que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521. E, o referido artigo 1.521, em seu inciso VI, estabelece que as pessoas casadas são impedidas de contrair novo matrimônio durante da vigência do casamento.

Tais artigos explicitam que a bigamia é vedada pela legislação brasileira, de modo que não se admite que um indivíduo mantenha duas relações familiares simultaneamente.

Por sua vez, o artigo 1727, do Código Civil de 2002 define que as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

A análise dos dispositivos legais leva à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece como entidade familiar as relações concubinárias, ainda que ostentem as mesmas características da união estável e de um matrimônio.

Não obstante as disposições legais, as relações simultâneas existem, são recorrentes na sociedade e, não raro, questões versando sobre o tema são levadas ao Judiciário. Apesar de legalmente não serem tratados como entidade familiar, os parceiros unidos em relação de fato constituem patrimônio comum, têm filhos, estabelecem dependência econômica e emocional. Enquadram-se, portanto, em todas as características de uma união estável, mas a legislação ainda não alcançou a realidade.

Diante disso, as opiniões doutrinárias se dividiram em três principais correntes acerca da matéria.

Um primeiro entendimento esposado, por exemplo, por CAMBI, citado por GOEKS (2008), advoga que nenhum tipo de relação simultânea deve ser reconhecido com *status* de entidade familiar, tendo em vista a existência de impedimento matrimonial legal. Seus efeitos, portanto, devem ser tutelados pelo Direito Obrigacional e nunca pelo Direito das Famílias, de modo que será dado o tratamento de sociedade de fato.

Por conseguinte, se os integrantes da relação simultânea adquirirem patrimônio por esforço comum, a dissolução da sociedade deverá tramitar na Vara Cível competente, devendo ser provada a colaboração recíproca na aquisição do patrimônio para que haja a partilha dos bens. Não será presumido o esforço comum.

Também não serão devidos alimentos entre os ex-parceiros já que não há relação de parentesco que possa legitimar o pedido, tampouco é reconhecida como entidade familiar fundada no afeto.

Tal posicionamento é corroborado, ainda, por limites que o direito brasileiro impõe ao concubinato, como por exemplo, a vedação de que seja feita doação em favor da concubina ou concubino – artigo 550, do Código Civil -; a proibição de se estipular seguro de vida em favor da concubina ou concubino – artigo 793, do Código Civil -; bem como a proibição de a concubina ou concubino ser contemplado como beneficiário de testamento, seja a título de herança ou de legado – artigo 1.801, III, do Código Civil.

Uma segunda vertente do pensamento jurídico sobre o tema distingue as relações simultâneas da união estável putativa, sendo a boa-fé o elemento diferenciador. Nesse passo, quando uma das partes da relação não tem conhecimento acerca do impedimento que macula a união familiar, há que ser protegida sua boa-fé e reconhecida a união estável putativa, dando-lhe o mesmo tratamento dispensado à união estável: a tutela pelas normas do Direito das Famílias.

Por outro lado, ausente a boa-fé das partes, trata-se de união paralela não reconhecida como entidade familiar por ferir o sistema monogâmico. Seus efeitos, conseqüentemente, devem ser regidos pelo Direito Obrigacional, a fim de que se evite o enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra.

Para corroborar o tratamento jurídico das relações obrigacionais, há o Enunciado 380, da Súmula da jurisprudência do STF, o qual define que, restando comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

O que se conclui desse entendimento é que a ciência de uma das partes acerca do impedimento caracteriza má-fé capaz de desconfigurar a relação familiar e, portanto, a tutela do Direito das Famílias.

Adota esse posicionamento AZEVEDO (2001, p. 211), ao afirmar que: “(...) concubinato impuro ou concubinagem, não deve merecer apoio dos órgãos públicos e,

mesmo, da sociedade. Entendemos, ainda, que deste não deve surtir efeito, a não ser o concubinato de boa-fé, como acontece, analogamente, com o casamento putativo, (...)”. O autor equipara a união estável putativa ao casamento putativo e defende que deve ser dada àquela a mesma proteção que a lei confere a este.

A terceira linha de pensamento, adota uma posição vanguardista ao defender que todos os tipos de relação afetiva devem ser reconhecidas como entidade familiar e tratadas segundo as regras do Direito das Famílias. A família atualmente não se limita ao casamento, ou a união estável. Ao contrário, vige o princípio da pluralidade das entidades familiares que devem ser tuteladas à luz da dignidade da pessoa humana.

Segundo esse entendimento, é preciso analisar a questão sob uma ótica constitucional, considerando que a Constituição ao tratar das entidades familiares não apresenta um rol taxativo, mas exemplificativo, de modo que é plenamente possível o reconhecimento jurídico de outras entidades familiares, inclusive as uniões simultâneas, tendo em vista que existem de fato, são fundadas na afetividade e possuem as mesmas características da união estável ou do casamento.

Conforme ressalta GOEKS (2008), tal doutrina assevera que não cabe ao Estado ignorar a realidade social que se apresenta, como se as relações concomitantes fossem deixar de existir pelo seu não reconhecimento jurídico. Ao contrário, a família guarda lugar de fundamental importância para a dignidade da pessoa humana, e ao negar a tutela legal e deixar tais relações à margem do ordenamento, o Estado acaba por atentar contra o referido princípio maior que alicerça todo o Direito.

Nesse sentido, DIAS (2009) destaca que descabe realizar juízo prévio de reprovação, sob pena de expulsar da tutela jurídica uniões duradouras, cristalizadas e reconhecidas socialmente.

Tal posicionamento será detalhado no capítulo seguinte.

3. O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO SIMULTÂNEA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o principal pilar da Constituição de 1988, a qual pretendeu ampliar os direitos e garantias individuais, bem como os mecanismos para a sua tutela e proteção. Importa traçar algumas linhas sobre seus principais aspectos.

O referido princípio possui previsão logo no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, que o define como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, decorrendo dessa previsão o caráter estruturante da Dignidade da Pessoa Humana. Diz-se estruturante porque, na lição de FACHIN (2006), tal princípio serve como diretriz básica de toda a ordem constitucional.

Isso demonstra de forma clara a noção de que o Estado deve se voltar para a proteção do indivíduo. Ele, Estado, não é um fim em si mesmo, mas uma forma de tutelar os interesses individuais e sociais, e, assim, proteger a vida em sociedade.

O valor essencial do ser humano já foi alçado a um consenso teórico, como ressalta BARCELLOS (2002). Muito se discute acerca do conceito e dos limites da dignidade humana, mas não mais se discute o valor da raça humana, esta, sim, um fim em si mesmo e, como tal, portador de uma dignidade intrínseca.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem caráter genérico e abstrato, o que torna difícil a sua conceituação. Ele se relaciona diretamente com os direitos fundamentais, de modo que se pode dizer que tem a sua dignidade respeitada aquele indivíduo que tem respeitados seus direitos fundamentais, sem deixar de reconhecer que a dignidade não se esgota apenas neles (BARCELLOS, 2002).

Nesse mesmo sentido, esclarece SARLET (2001, p. 87) que “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de

todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões.”

E, os direitos fundamentais podem ser divididos em direitos de primeira, segunda e terceira geração. Diz-se de primeira geração os direitos individuais, identificados como direitos da liberdade, tais como liberdade de pensamento, religiosa, profissional, de opinião, de expressão, sexual, dentre tantos outros. São direitos que garantem a liberdade individual, sem que haja intervenção do Estado.

Os direitos de segunda geração são os chamados direitos políticos, os quais instrumentalizam a democracia representativa, a participação do indivíduo na atuação estatal por meio de seus representantes. Podem ser exemplificados pelo direito de votar e ser votado, bem como pelos institutos do plebiscito e do referendo.

Os direitos de terceira geração são os direitos sociais, econômicos e culturais. São considerados direitos positivos porque ligados a uma necessária atuação do Estado no sentido de promover o bem-estar social. Incluem o direito à saúde, à educação, ao lazer, dentre outros.

Ressalta-se, ainda, doutrina mais moderna que aponta para direitos de quarta geração, que seriam aqueles decorrentes da biotecnologia, tais como os direitos referentes ao patrimônio genético.

O que se percebe com essa breve explanação é que a Dignidade da Pessoa Humana se caracteriza como a diretriz do ordenamento constitucional e se concretiza por meio dos direitos fundamentais e das normas tanto constitucionais, como infraconstitucionais, que criam ou regulamentam tais direitos, sempre tendo em vista que a satisfação do ser humano e da sociedade é o objetivo principal do Estado e das normas jurídicas.

No que se refere especificamente ao Direito das Famílias, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana se mostra por meio do reconhecimento jurídico da família como instrumento de proteção do indivíduo. A família sob uma ótica constitucional, à luz da Constituição de

1988, passa a ser encarada como uma instituição plural que une pessoas por vínculos biológicos ou afetivos ou ambos, a fim de desenvolver a personalidade de cada um dos integrantes da entidade familiar.

Nesse passo, afirma CHAVES (2010, p.9) que a família do novo milênio é “igualitária, democrática e plural” e, principalmente, não mais casamentária. O autor segue esclarecendo que a proteção não se dá à família pela família, mas protege-se a instituição familiar como meio de tutela do ser humano. Por conseguinte, a proteção de todo e qualquer modelo de união afetiva que extrapole a mera relação de sociedade de fato é um corolário da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse passo, a pluralidade das relações familiares reconhecida pela própria Constituição significou um importante avanço, tendo como consequência, inclusive, a mudança na nomenclatura da matéria que, segundo moderna doutrina, deixa de se chamar Direitos de Família para se chamar Direito das Famílias.

É nesse contexto que se enquadra a questão jurídica das uniões simultâneas. Conforme já explicitado no presente artigo, trata-se de união afetiva e não meramente de uma sociedade de fato. Nas relações simultâneas, é certo que uma das partes possui vínculo matrimonial ou de união estável anterior e mantém ambas as uniões.

A situação não possui amparo legal, mas é uma realidade social, a qual o Direito não pode deixar de tutelar, sob pena de violação à dignidade da pessoa humana, haja vista que, como dito, o Estado possui como finalidade primordial a tutela dos indivíduos, de modo a garantir-lhes a dignidade.

O não reconhecimento jurídico das relações simultâneas importa em ofensa ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana em diversos sentidos. Em um primeiro momento, há violação do princípio no que tange a nomenclatura dada pela doutrina e jurisprudência majoritárias. Denominam-se tais relações de concubinato. O termo está eivado de preconceito.

Nos dizeres de DIAS (2009, p. 163) “a palavra concubinato carrega consigo o estigma de relacionamento alvo de preconceito. Historicamente, sempre traduziu relação escusa e pecaminosa, quase uma depreciação moral.” PEREIRA (2004) comunga do mesmo entendimento ao afirmar que o termo concubinato remete a uma relação desonesta. Tanto assim que a aludida expressão era utilizada para designar a hoje chamada de união estável, mas foi substituída pela Constituição de 1988, que no artigo 226, §3º, passou a utilizar a nomenclatura união estável.

O legislador civil, por sua vez, insistiu na utilização do termo ao designar em seu artigo 1.727 que as relações não eventuais entre homem e mulher constituem concubinato. Em verdade, pretendeu o legislador diferenciar a união estável das relações simultâneas, deixando de amparar legalmente as últimas.

Há, ainda, violação à Dignidade da Pessoa Humana por esse desamparo assumir verdadeiro caráter punitivo e de julgamento moral, em detrimento das escolhas individuais. Quando o legislador opta por tratar as relações simultâneas como se não existissem, relega tais relações à invisibilidade, deixa os companheiros juridicamente desprotegidos e enseja injustiças, dando margem, por exemplo, ao enriquecimento sem causa. Acaba por punir o indivíduo que, por razões que não cabe ao Direito ou ao legislador o julgamento, mantém relação estável, duradoura, pública e familiar com pessoa impedida legalmente de casar ou de constituir união estável.

Ao falar em relações simultâneas cuja necessidade de proteção jurídica se impõe, não se quer defender os relacionamentos eventuais, passageiros e fugazes tidos por pessoa casada ou que vive uma união estável, trazendo proteção legal aos amantes eventuais. Ao contrário, quer proteger companheiros de fato, que são uma realidade social.

Pessoas que vivem relações simultâneas podem ter filhos, constituir patrimônio comum com união de esforços e criar relação de dependência não apenas emocional, como

também econômica, em pública união familiar. Da mesma forma, é possível o desfazimento de tais relações, o que implicará em partilha de bens ou necessidade de fixação de pensão alimentícia entre os ex-companheiros, sob pena de enriquecimento sem causa para uma das partes, ou mesmo de deixar ao completo desamparo a companheira ou companheiro que dependia economicamente de seu parceiro.

A melhor solução não pode ser o absoluto não reconhecimento, pois essas relações irão repercutir no mundo jurídico. Ademais, essa solução significa um julgamento moral feito de forma geral e abstrata pela lei e amparado pela doutrina e jurisprudência, sem considerar que, não obstante a rejeição social, as relações simultâneas não deixam de existir, bem como não deixam de repercutir no mundo jurídico.

Essa repercussão jurídica levou os Tribunais a tratarem como sociedade de fato, com aplicação do Enunciado 380, da Súmula da jurisprudência do STF. O Enunciado estabelece que é cabível a dissolução judicial com a partilha de bens adquiridos pelo esforço comum em casos de existência de sociedade de fato entre concubinos. O termo concubinato é utilizado, ainda, se referindo à união estável, tendo em vista que a disposição é anterior à Constituição de 1988 e buscava tratar da união não eventual de pessoas não impedidas de casar.

Entretanto, o tratamento como sociedade de fato é inadequado, pois o instituto da sociedade de fato tutela relações unicamente patrimoniais e, como tais, não sujeitas às normas do Direito das Famílias. As relações simultâneas, por sua vez, são, inegavelmente, relações familiares e como tais devem ser tratadas. O tratamento jurídico de sociedade de fato configura proteção deficiente de direitos, e como tal inconstitucional, haja vista que a proteção deficiente de direito fundamental se equipara a ausência de tutela.

Além disso, gera manifestas injustiças e um pensamento contraditório em seus alicerces. Isso porque, há doutrina e decisões judiciais, conforme demonstrado no capítulo anterior, no sentido de dar reconhecimento jurídico às relações simultâneas quando uma das

partes desconhece absolutamente o impedimento. Busca-se, assim, proteger a boa-fé. Reconhece, então, que a união simultânea é, em verdade, união familiar, unida por vínculo de afetividade, a qual se optou por chamar de união estável putativa. Sob essa ótica, essa mesma relação que, se presente a boa-fé, é considerada entidade familiar, por outro lado, é um nada jurídico se há conhecimento do impedimento pela parte não impedida. Mas os elementos são os mesmos, a relação é a mesma. Os requisitos que fazem uma união ser familiar ou estão presentes, ou estão ausentes, sendo um contra senso utilizar apenas a boa-fé como meio de diferenciar a natureza da entidade, já que a relação que a constitui é, necessariamente, a mesma, havendo ou não impedimento.

Nesse sentido, DIAS (2009, p. 51) destaca que “quando a pluralidade é pública, ostensiva, e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, a simultaneidade não é desleal.”

Outra contradição do modelo atualmente vigente está na vedação prevista no artigo 550, do Código Civil que estabelece ser anulável a doação do cônjuge adúltero à concubina. Além da forte carga preconceituosa que se mostra na escolha dos termos pelo legislador, o dispositivo legitima que o indivíduo, desde que não ofenda a legítima dos herdeiros, possa dispor livremente de seu patrimônio, realizando doações para quaisquer pessoas, exceto para a sua “concubina”, ou seja, pode doar seus bens até mesmo para um desconhecido, mas não para a pessoa que com ele divide também a vida. Não há razoabilidade no dispositivo, pois, mais uma vez, pressupõe que apenas a concubina seria a responsável pela relação afetiva e que deve ser punida.

O principal argumento contrário ao reconhecimento jurídico das uniões simultâneas é o princípio da monogamia. A monogamia é uma regra que proíbe que a mesma pessoa constitua mais de uma relação matrimonializada, sob a chancela do Estado.

Não se trata de um princípio constitucional, tendo em vista que além de não possuir previsão na Constituição, está mais relacionado com uma função ordenadora da família do que com um parâmetro hermenêutico constitucional acerca das entidades familiares, típico dos princípios.

A família é regida pela afetividade e pela dignidade da pessoa humana, de modo que a monogamia não pode se sobrepor a tais princípios, ignorando a realidade social e os novos anseios sociais, em detrimento da ampla tutela jurisdicional.

Outro argumento segue no sentido de que não poderia o Estado, em afronta aos valores sociais vigentes, proteger relações adúlteras. Tal argumento, tampouco, prospera diante da detida análise da situação. Esse pensamento acaba por proteger o infiel e tratar o outro envolvido na relação como merecedor de punição pelo fato de optar por se relacionar com pessoa casada. Novamente, restringe-se a questão um julgamento unicamente moral.

Uma relação afetiva envolve dois indivíduos que devem possuir igual tratamento jurídico. Não permitir a tutela do Estado privilegia o infiel que, por exemplo, sustenta financeiramente sua companheira simultânea, e, no fim da união estável não será obrigado a prestar-lhe alimentos. O único não responsabilizado por suas escolhas é o infiel.

Além disso, há que se considerar que a família é uma esfera privada, onde se deve respeitar os interesses legítimos dos indivíduos sem que haja interferência demasiada do Estado, sob pena de violação da privacidade e da autonomia privada.

No trato da questão é imprescindível uma visão menos carregada de julgamentos morais, com vistas à realidade social, à solidariedade e à dignidade da pessoa humana.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência dos Tribunais acompanha o entendimento majoritário no sentido de não reconhecer juridicamente as relações simultâneas. Diversas são as decisões nesse sentido nos Tribunais.

Nesse passo, no julgamento do Recurso Especial 684407, em 03 de maio de 2005, o ministro Relator Jorge Scartezini, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu pela impossibilidade de reconhecimento de união estável entre mulher e homem casado, mas não separado de fato, por ofensa ao artigo 226, §3º, da Magna Carta. Em sua decisão, o ministro ressalta o entendimento da Corte no sentido de que a existência de impedimento para casar por parte de um dos companheiros obsta a constituição da união estável.

Da mesma forma, no Recurso Especial 931155, julgado em 07 de agosto de 2007 e publicado no dia 20 do mesmo mês e ano, a ministra Relatora Nancy Andrichi, da Terceira Turma do referido Tribunal Superior, proferiu decisão nos mesmos moldes da acima mencionada. Nesse julgamento, a relatora destacou que a união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que o companheiro esteja separado de fato, sob pena de se caracterizar o concubinato. Este último dito como a união entre pessoas impedidas de casar. No caso, a companheira pretendia a partilha dos bens deixados pelo companheiro casado, tendo o pleito sido negado ao argumento de que o Direito das Famílias brasileiro não alberga a prerrogativa de partilha dos bens deixados pelo concubino e que a simultaneidade das relações conjugal e do concubinato impõe a prevalência dos interesses da mulher casada em detrimento dos alegados direitos subjetivos da chamada concubina.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não são poucas as decisões que acompanham o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Nesse passo, na Apelação Cível nº 0015100-93.2005.8.19.0202, julgada em 14 de fevereiro de 2008, a desembargadora

Relatora Marilene Melo Alves negou o reconhecimento da união estável ao considerar a exclusividade da relação afetiva como requisito para a caracterização do *status* de convivente, bem como o fato da ordem jurídica consagrar a união monogâmica.

Por sua vez, a desembargadora Simone Gastesi Chevrand, integrante da Quinta Câmara Cível, ao julgar a Apelação nº 0001276-90.2007.8.19.0204, em 28 de outubro de 2008, em sede de ação de reconhecimento e dissolução de união estável decidiu que, restando demonstrada a manutenção simultânea de relacionamentos afetivos, constata-se a ausência dos requisitos necessários para a caracterização da união estável, dentre eles a intenção de constituir família.

Na detida análise das decisões supra mencionadas se verifica que a jurisprudência segue uma visão tradicionalista da família, negando reconhecimento à união simultânea, ainda que presentes os requisitos dispostos no artigo 1723, do Código Civil, tais como a durabilidade e publicidade da relação e o intuito de constituir família. Considera-se que, se há uma relação paralela ao casamento, ela não tem o condão de demonstrar intenção de constituir família pelo único fato de ser uma relação paralela. Trata-se mais de um julgamento moral, do que uma solução jurídica justa. Esse caráter de julgamento moral fica explícito no acórdão da relatoria do desembargador Sérgio Cavalieri Filho, da Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, no julgamento da Apelação nº 0006472-81.2006.8.19.0008, em 07 de maio de 2008, negou à companheira simultânea o direito a pensão alimentícia, sustentando que “A convivência simultânea com a esposa e outra mulher, além de não constituir união estável de que trata a Constituição, tipifica conduta ilícita reprovada pela lei e pela moral.”

Não obstante tal entendimento, é cediço que as relações simultâneas geram efeitos jurídicos, fato não ignorado pela jurisprudência que, de modo a evitar o enriquecimento sem

causa e buscando dar solução a determinadas questões patrimoniais garante o tratamento legal de sociedade de fato.

É nesse sentido o acórdão proferido em 29 de junho de 2004, no Recurso Especial 257115, da Quarta Turma, da relatoria do ministro Fernando Gonçalves, em que ele admite a possibilidade da dissolução de sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado, com a aplicabilidade do Enunciado 380, da Súmula da jurisprudência do STF, desde que haja prova do esforço comum.

Por outro lado, havia no Superior Tribunal de Justiça decisões que autorizavam o rateio da pensão por morte do consorte falecido entre a esposa e a companheira em casos de comprovada simultaneidade das relações públicas e duradouras. O INSS, por sua vez, concedia o rateio da pensão administrativamente, sem necessidade de se recorrer à via judicial.

Verifica-se o entendimento nos acórdãos proferidos nos Recursos Especiais 362743, julgado em 21 de setembro de 2004, pelo ministro Relator Jorge Sacartezini, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que restou consignado como correto o rateio da pensão entre a viúva e companheira de fato.

Decisão semelhante foi proferida no Recurso Especial 742685, pelo Relator José Arnaldo da Fonseca, da Quinta Turma, julgado em 04 de agosto de 2005, no qual o ministro decidiu que diante da longa duração das relações simultâneas deveria ser reconhecido o direito ao rateio da pensão, ainda mais quando se considera seu caráter de assistência social, de modo a não deixar desamparada a concubina.

O entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de rateio da pensão previdenciária já se encontrava pacificado nos Tribunais. Entretanto, em 03 de junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento em acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário 397762, julgado pela Primeira Turma, cujo Relator foi o

ministro Marco Aurélio. Em tal recurso, em verdadeiro retrocesso, restou decidido que a proteção do Estado à união estável se limita a situações consideradas como legítimas, dentre as quais não se incluíam as relações simultâneas. O relator ressaltou que não seria possível a partilha da pensão por morte de servidor público falecido que manteve por longo período relação simultânea ao casamento, haja vista que não poderia a concubina ser beneficiada em detrimento da família.

O ministro, acompanhando a doutrina majoritária, toma como paradigma a noção de que a relação simultânea não constitui entidade familiar, desconsiderando, assim, o princípio da pluralidade das entidades familiares que rege o Direito das Famílias hodiernamente, bem como o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse julgado, há interessante voto vencido do ministro Carlos Brito, no qual ele ressalta que o conceito de união estável que merece proteção constitucional é dado por exclusão. Constitui-se união estável a entidade familiar que não seja monoparental, ou formada pelo casamento. É uma terceira via que abarca casais desimpedidos para o casamento civil, bem como aqueles que ainda não alcançaram essa condição jurídica. Destaca o ministro que companheiro é aquele que mantém relação doméstica 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 em discriminar eventuais filhos do casal.”

O ministro segue afirmando que o importante para a configuração da união familiar é a formação de um novo e duradouro núcleo doméstico, de modo que pouco importa para tanto se o indivíduo mantém relações com idêntico caráter simultaneamente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em muitas decisões acolhe o entendimento minoritário, reconhecendo as relações simultâneas como entidade familiar.

Destaca-se o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 70016969552, da relatoria da desembargadora Maria Berenice Dias, no sentido de que o Judiciário não pode deixar de tutelar relações baseadas no afeto. Com essa posição, a desembargadora determinou a partilha de bens adquire por casal em que uma das partes mantinha relação simultânea.

No mesmo sentido é o acórdão da Apelação nº 70011962503, da relatoria do desembargador Rui Portanova, da Oitava Câmara Cível, do mesmo Tribunal, julgada em 17 de novembro de 2005, no qual restou consignado que diante da prova robusta da existência de união estável em período concomitante ao casamento, é possível o reconhecimento de união dúplice.

A análise do acervo jurisprudencial permite constatar que a jurisprudência dos Tribunais, incluindo os Tribunais Superiores acompanha o entendimento da doutrina majoritária. Mas a questão não é pacífica e não são poucas as decisões que enfrentam a matéria e reconhecem que não se trata de tema pacífico suscetível de mero juízo moral e de adequação legal. Mesmo porque, nos dizeres do ministro Carlos Brito, em seu voto supramencionado, “ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração é terra que ninguém nunca pisou.”

CONCLUSÃO

O tema tratado no presente artigo não é pacífico na doutrina e na jurisprudência, tampouco está perto de chegar a um consenso. Os valores sociais, tais como o dever de fidelidade e a monogamia são tidos como verdadeiros dogmas e, como tais, acabam por se caracterizar como uma barreira ao reconhecimento de outras entidades familiares que ultrapassam os limites do modelo tradicional de família, baseada no casamento.

Entretanto, diante dos novos arranjos familiares e dos princípios que, hodiernamente, regem o Direito das Famílias, tais como a pluralidade das entidades familiares, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, se impõe uma releitura da questão, com olhos voltados para a satisfação plena do indivíduo, pois só assim o Direito terá atingido sua finalidade principal.

Relegar as relações simultâneas à invisibilidade, como se disse, significa punir aquele que se relaciona afetivamente com pessoa comprometida e, beneficiar o infiel, único a não ser responsabilizado por suas escolhas. Trata-se de um julgamento moral que não cabe ao Direito, menos ainda ao Direito das Famílias em que deve haver interferência mínima do Estado, pois em tal ramo a autonomia privada, o direito à intimidade e à privacidade é que são merecedores de absoluta proteção.

Reconhecer juridicamente as relações simultâneas não significa autorizar a bigamia ou o proclamar o fim das relações monogâmicas, mas entender que às leis e aos Tribunais não cabe se esquivar da tutela jurisdicional, tampouco desconsiderar a realidade social. E as relações simultâneas são uma realidade e são fundadas no afeto como toda e qualquer entidade familiar, de modo que devem ser tratadas como tais.

A lei e a jurisprudência não podem fomentar o preconceito, mas dar proteção e tutela aos direitos individuais, à autonomia privada, à liberdade de escolha e, principalmente, à dignidade da pessoa humana e à solidariedade, princípios intrinsecamente ligados à justiça.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962.

_____. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

_____. Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994.

_____. Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996.

_____. Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Família, ética e afeto*. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/1651>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

_____. *Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. Disponível em <<http://www.buscalegis.usfsc.br/revistas/files/journals/2/articles/9522/public/9522-9521-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

CARVALHO, Juliana Gomes. *Sociedade de Afeto*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=367>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

CHAVES, Mariana. *Famílias Paralelas*. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=495>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2006.

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

FERRAZ, Paula Carvalho. *O Concubinato e uma perspectiva de inclusão constitucional*. Disponível em: <<http://WWW.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=470>>. Acesso em 15 mar. 2010.

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. *Famílias simultâneas e concubinato adúltero*. Disponível em <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2839>>. Acesso em 15 mar. 2010.

GOEKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A Possibilidade do Reconhecimento da União Estável Putativa e Paralela Como Entidade Familiar Frente aos Princípios Constitucionais. In: *Revista de Direitos das Famílias*. Rio de Janeiro, n.45, p. 120-135, jan. 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em 15 mar. 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIANOVISKI, Carlos Eduardo. *Famílias Simultâneas e Monogamia*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direitos das Famílias e o novo Código Civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PONZONI, Laura de Toledo. *Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato*. Disponível em <<http://WWW.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=461>>. Acesso em 15 mar. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.