



FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – FAJS
NÚCLEO DE PESQUISA E MONOGRAFIA
CURSO DE DIREITO

PEDRO HENRIQUE SANTANA ANTUNES DE OLIVEIRA

UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES EM FACE DA SÚMULA N. 380 DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BRASÍLIA

2012

PEDRO HENRIQUE SANTANA ANTUNES DE OLIVEIRA

**UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES EM FACE DA SÚMULA N. 380 DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof^a MSc. Leyza Domingues

BRASÍLIA
2012

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo apresentar uma discussão acerca da possibilidade do reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Assim, será demonstrado como a doutrina e a jurisprudência se posicionaram no decorrer dos anos acerca do tema, desde uma perspectiva mais conservadora com seus alicerces em um modelo patriarcal e com forte influência da Igreja a sua transformação em uma entidade enraizada no vínculo afetivo, consagrado em nosso ordenamento jurídico por meio do advento da Constituição Federal de 1988, na medida em que a união livre foi elevada a entidade familiar cuja essência encontra-se na relação afetiva entre seus membros, bem como evidenciar a solução encontrada pelo Judiciário quando da extinção da referida relação, em especial a aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, deve ser feita a análise sobre os pressupostos para a configuração da união estável, bem como trazer a luz as divergências apontadas para então discutir a possibilidade de uniões estáveis concomitantes, de modo a demonstrar a partir do estudo de um caso concreto as consequências e a complexidade em reconhecer entidades familiares paralelas.

PALAVRAS-CHAVE: Concubinato; União Estável, Afeto, Entidade Familiar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. CONCUBINATO	6
1.1. A Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal	8
1.2. O novo paradigma e a Constituição de 1988	14
1.3 A Lei nº 8.971/94	16
1.4. A Lei nº 9.278/96	18
1.5. A União Estável no Código Civil de 2002	20
2. UNIÃO ESTÁVEL	22
2.1. A Entidade Familiar Pós-Constituição de 1988	22
2.2 Princípio da Afetividade	23
2.3 Requisitos para a União Estável	25
2.3.1.Pressupostos de ordem subjetiva	26
2.3.1.1 <i>Convivência More Uxorio</i>	26
2.3.1.2 <i>Affectio Maritalis</i>	29
2.3.2.Pressupostos de ordem objetiva	30
2.3.2.1 <i>Diversidade de Sexos</i>	31
2.3.2.2 <i>Notoriedade</i>	35
2.3.2.3 <i>Estabilidade ou Duração Prolongada</i>	36
2.3.2.4 <i>Continuidade</i>	38
2.3.2.5 <i>Inexistência de Impedimentos Matrimoniais</i>	38
2.3.2.6 <i>Relação Monogâmica</i>	43
2.4.Direitos e Deveres da União Estável	46
2.5. O Concubinato e a União Estável no Código Civil de 2002	49
3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE RELAÇÕES ESTÁVEIS	
CONCOMITANTES	54
3.1. Colisões de princípios	54
3.2. Uma Discussão acerca das Uniões Paralelas e o Supremo Tribunal Federal	66
3.3. O Reconhecimento de Uniões Paralelas como Entidade Familiar.	77
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

Atualmente, a família se origina em virtude dos elos afetivos entre seus membros. Com o advento da Constituição Federal de 1988 o conceito de entidade familiar foi alargado, havendo uma transição entre o modelo patriarcal para um modelo que tem seus alicerces na afetividade.

Nesse sentido, a união livre foi elevada a entidade familiar, possuindo especial proteção pelo Estado. No entanto, laços afetivos que não se enquadram ao que a lei prescreve são ignorados e marginalizados. Esta é a situação em que se encontram casais que mantêm vínculos afetivos concomitantes, uma prática deveras comum em nosso seio social.

Sem dúvida, ignorar a existência dessas relações ante as lacunas legislativas propicia uma gama de dificuldades para pelo menos um dos seus membros, quase sempre a mulher, a qual dedicou toda sua vida para o seu companheiro e em razão de sua invisibilidade, pelo menos no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que mínima é a proteção oferecida pelo Estado no que tange a estes vínculos paralelos.

O direito pátrio tende a dar primazia ao princípio da monogamia, havendo divergências doutrinárias quanto a este aspecto, em detrimento da realidade social, o que propicia o não reconhecimento de uniões estáveis paralelas em virtude da não observância do mencionado princípio.

Por outro lado, reconhecer a existência jurídica de uniões paralelas gera uma gama de consequências que, talvez, o Judiciário não esteja preparado para enfrentá-las.

Nesse sentido, a presente monografia tem como objetivo geral apresentar uma discussão no tocante a uniões estáveis concomitantes como um novo arranjo familiar, a possibilidade de seu reconhecimento e as consequências jurídicas.

Para essa finalidade, devem ser alcançados resultados parciais ao longo do trabalho. Inicialmente é analisada a evolução do tema, em sede doutrinária e jurisprudencial. No primeiro capítulo será abordada a forma pela qual os vínculos paralelos eram vistos pelo Direito, denominado, nesse momento, como concubinato.

A discussão sobre o aludido tema tem importância capital para esta monografia, uma vez que a solução encontrada pelo Judiciário, naquele momento, ainda é

aplicada.

A Súmula 380 foi um artifício criado para não deixar à mulher em estado de miserabilidade, enxergando a relação do casal como uma sociedade de fato e que em nada importava o vínculo afetivo.

A sociedade mudou, a constituição acompanhou essa evolução e inseriu em seu cerne a afetividade como meio a concretizar a entidade familiar. Portanto, não faz sentido à aplicação da referida Súmula nos dias atuais.

Posteriormente, no segundo capítulo, é verificada a forma pela qual o Judiciário e a doutrina percebem o tema, suas divergências e especificidades, de modo a elucidar o caráter monogâmico como instrumento a obstaculizar o reconhecimento de uniões concomitantes.

Por fim, são apresentadas no terceiro capítulo as complexidades que permeiam a discussão, os conflitos de interesses e, por meio da análise de um caso concreto, são discutidas as consequências da possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes.

No caso, será apreciado o Agravo em Recurso Extraordinário nº 656298 RG/SE, o motivo da escolha ocorre em razão de sua relevância para a futura percepção do conceito de família, na medida em que a decisão proferida nesta ação poderá se tornar o marco processual, no qual uma nova perspectiva de entidade familiar pode ser contemplada, amoldando-se, mais uma vez, o conceito de família em face dessa nova configuração.

Nessa linha, a matéria será apreciada utilizando-se como referencial teórico Robert Alexy, uma vez que o objeto da aludida ação é a colisão aparente entre o conflito da monogamia e a dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios.

A pesquisa é realizada, dessa forma, com base em uma análise jurídica dogmática, partindo inicialmente de conceitos e entendimentos pré-definidos e tem um enfoque da análise da sociedade atual e a real necessidade da adequação do direito às suas demandas.

Para tanto, utiliza-se de pesquisas em doutrinas, artigos e jurisprudência, com o intuito de se identificar em qual sentido o direito moderno está caminhando e, dessa forma, possa se chegar a uma conclusão útil e prática para o problema em questão. Ademais, em razão da natureza afetiva que é o cerne das entidades familiares, o reconhecimento de

uniões paralelas parece transparecer a concretude do princípio da afetividade.

1 CONCUBINATO

Não obstante o notório repúdio do legislador, laços afetivos oriundos de relações extramatrimoniais sempre existiram¹. A união estável, positivada na Constituição de 1988, é o ápice de “lenta e tormentosa trajetória de discriminação e desconsideração legal, com as situações existenciais enquadradas sob o conceito do concubinato, definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacralidade atribuída ao casamento”².

Nesse contexto, grande relevância possuiu a Igreja Católica no tocante à construção de uma perspectiva pejorativa da figura do concubinato, em virtude de sua enorme influência em diversos setores da sociedade, inclusive durante o período da República, esta autoproclamada laica, o que propiciou diversos obstáculos no que se refere ao reconhecimento de relações exteriores ao casamento, restando infrutíferas diversas tentativas de projetos de lei em se atribuir algum efeito jurídico ao concubinato³.

O Código Civil de 1916, com o escopo de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, tornou-se omissivo quanto à regulação das relações estranhas ao casamento⁴. Ademais, restou por puni-las, na medida em que elencava em seu diploma legal diversos dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, impossibilitando, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina⁵, a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida⁶, bem assim vedava à concubina do testador casado a possibilidade de ser nomeada herdeira⁷ ou legatária⁸.

Na perspectiva de Silvio Rodrigues, provavelmente, a única referência à mulher que figurava na relação concubinária sem total hostilidade a situação de fato pelo

¹ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p 75.

² LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169

³ *Ibidem*, p. 169

⁴ DIAS, op. cit., p 75

⁵ BRASIL, *Código Civil de 1916*. Art. 1.777: “O imóvel que não couber no quinhão de um só herdeiro, ou não admitir divisão cômoda, será vendido em hasta pública, dividindo-se-lhe o preço, exceto se um ou mais herdeiros requerem lhes seja adjudicado, repondo ele ou eles, aos outros, em dinheiro, o que sobrar.

⁶ BRASIL, *Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil de 1916*. Art. 1.474: “Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber a doação do segurado”.

⁷ BRASIL, *Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil de 1916*. Art. 1.719, “Não podem também se nomeados herdeiros, nem legatários” [...] III: “A concubina do testador casado”.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 603.

legislador, tenha sido a do art. 363, I⁹, uma vez que a aludida norma permitia ao investigador da paternidade a vitória na demanda caso comprovasse que ao tempo de sua concepção sua mãe mantinha relação concubinária com o pretendido pai¹⁰. No caso, já entendia o legislador que “o conceito de concubinato pressupunha a fidelidade da mulher ao seu companheiro e, por isso, presumia, *juris tantum*, que o filho havido por ela tinha sido engendrado pelo concubino”¹¹.

Apesar das condições adversas que permeavam a relação afetiva estranha ao casamento, alguns direitos foram sendo reconhecidos à concubina, destacando-se, inicialmente, a legislação previdenciária e outros sendo admitidos por meio de construção da jurisprudência, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum¹².

Todavia, até o ano de 1977 o instituto do Divórcio permanecia distante da realidade brasileira, o que propiciou “o crescimento exponencial das relações concubinárias¹³”. A única forma de separação que havia à época era o desquite, este não dissolvia a sociedade conjugal e impossibilitava, ainda, o surgimento de um novo casamento por qualquer dos consortes¹⁴.

A realidade era que, apesar de tantas reprovações no sentido da manutenção de um relacionamento concubinário, tais reprovações não conseguiram coibir o surgimento de relações destituídas de amparo legal. Alerta Maria Berenice Dias que “não há lei, nem de Deus nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade”¹⁵.

Dessa forma, em busca da felicidade, laços afetivos estranhos ao casamento foram construídos e, “quando de seu rompimento, pela separação ou morte de um dos companheiros, demandas começaram a bater às portas do Judiciário”¹⁶. Ademais, salienta Maria Berenice Dias que “os primeiros julgados, que impulsionaram a construção de uma doutrina concubinária, são da década de 60”¹⁷.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 603

¹⁰ *Ibidem*. p. 603

¹¹ *Idem*, p. 603

¹² *Idem*, p. 603.

¹³ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 167-168.

¹⁵ *Ibidem*. p. 168.

¹⁶ *Idem*, p. 168.

¹⁷ *Idem*, p. 168. Cabe ressaltar que há divergência acerca da data específica dos primeiros julgados.

Nesse particular, pode-se salientar que “o julgador brasileiro passou a compreender que a ruptura de longo concubinato, de forma unilateral ou por mútuo consentimento, acabava criando uma situação extremamente injusta para um dos concubinos¹⁸”, a título exemplificativo, pode-se citar a situação na qual “os bens amealhados com o esforço comum haviam sido adquiridos somente em nome do varão¹⁹”, gerando uma situação de abandono para a mulher quando do rompimento do vínculo afetivo.

Apesar de não ser a melhor solução para a complexa situação na qual se encontrava a mulher quando do fim do relacionamento concubinário, foi-se plasmando uma posição mais humana e construtiva, tendo seu nascedouro no Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual acabou irradiando-se aos demais Tribunais do país, consolidando uma jurisprudência que culminou a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal²⁰, “no sentido de que a ruptura de uma ligação *more uxório* duradoura gerava consequência de ordem patrimonial²¹”. A retrocitada Corte cristalizou a orientação jurisprudencial na Súmula 380²².

1.1 A Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal

Tendo em vista as lacunas legislativas, um artifício foi criado buscando evitar graves injustiças e o próprio desamparo da mulher quando do término da relação concubinária²³. Destarte, reconheceu-se a existência de uma sociedade de fato entre o casal. Nessa seara, cabe registrar que:

Os julgados desapegavam-se então de qualquer traço afetivo e espiritual entre os conviventes para tentar enxergar na relação uma típica sociedade comercial, mercantil, na qual se repartiam os lucros e dividendos no final da convivência²⁴.

Para Carvalho de Mendonça era necessário conformar-se, ou seja, adequar-se à natureza das coisas, uma vez que, para ele, não era suficiente apenas negar ou ignorar a existência da relação concubina²⁵. Eis a sua ponderação:

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 603.

¹⁹ *Ibidem*, p. 603

²⁰ *Idem*, p. 604

²¹ *Idem*, p. 604

²² BRASIL, *Supremo tribunal federal*. Súmula 380: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

²³ NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27.

²⁴ *Ibidem*, p. 27-28.

²⁵ *Idem*, p. 28.

[...] há mister, portanto, atender à natureza das coisas e, de conformidade com esta, ajustar as contas do que se fez durante a comunhão. Eis porque se diz de fato essa sociedade, isto é, uma sociedade que, apesar de degenerada, viveu, enquanto admitida²⁶.

O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento supra por meio da Súmula n. 380, de 8 de maio de 1964, no entanto, a redação da mencionada Súmula foi objeto de duras críticas, uma vez que propiciou controvérsias e dúbias interpretações²⁷.

Cabe registrar a marcante influência da denominada jurisprudência paulistana em torno da origem da Súmula em tela, “ocorrência pitoresca ligada à imigração italiana no Estado de São Paulo”²⁸. Eis um dos principais motivos de sua origem:

Os casais italianos que haviam imigrado para o Brasil, a fim de trabalhar nas pequenas propriedades rurais ou no comércio, eram casados pelo regime de separação de bens, vigente no Direito Italiano. Assim, após anos de trabalho comum, lado a lado na lida diária, vinha um deles a falecer – em regra o varão, em nome do qual encontrava-se o pequeno patrimônio que fora amealhado por ambos os cônjuges -, ficando o outro desamparado, uma vez que todo patrimônio era recolhido pelos herdeiros necessários do *de cujus*, ante a imperatividade do regime de separação obrigatória²⁹.

Ante a evidente discrepância, os tribunais formularam a tese de que:

[...] haviam os cônjuges estabelecido entre si uma sociedade de fato, a qual dissolvida, pela morte de um dos cônjuges, ensejava a partilha do patrimônio existente entre o sobrevivente e os sucessores do falecido. Posteriormente, estendeu-se a tese ao concubinato estabelecido entre pessoas casadas simplesmente no religioso, até chegar-se ao estágio atual da aplicação da construção, que é manifestamente mais amplo.³⁰

Essa tese reverberou de tal maneira que ensejou a confecção da Súmula 380, no seguinte sentido: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”³¹.

²⁶ BITTENCOURT, 1969 apud NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011 p. 28.

²⁷ NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27.

²⁷ Ibidem, p. 28.

²⁸ SOUZA, Aida Maria Loreda de. *Aspectos polêmicos da união estável*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997. p. 27.

²⁹ Ibidem, p. 27.

³⁰ Idem, p. 27.

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula N. 380.

Oportunamente, registre-se trecho do voto do Ministro Thompson Flores ratificando o posicionamento apresentado a cerca das raízes da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Eis trecho do voto:

Dou este voto reiteradamente, porque me reporto às origens desta súmula que foi para remediar a situação dos imigrantes casados pelo regime da separação de bens em São Paulo. O regime legal era da absoluta separação de bens. No fim da vida, os imigrantes tinham construído juntos a própria fortuna, isso era inegável, vieram juntos para trabalhar na colheita de café ou mesmo nas pequenas indústrias domésticas, e no fim da vida ficava o viúvo cansado ou a velha desamparada, porque todos os recursos iam para os genros, noras ou mesmo filhos. Então a jurisprudência paulista cogitou de um meio de evitar essa deformidade, e inventou que eles tinham criado uma sociedade de fato.³²

Gustavo Rene Nicolau acentua que a redação da Súmula 380 apresentava uma excelente saída para os advogados dos conviventes que não possuíam o desiderato de se partilhar com a companheira o patrimônio constituído durante a vigência da união, pois, em um primeiro momento, mister demonstrar a existência da sociedade de fato, e, em um segundo momento, só se permitia partilhar os bens adquiridos por meio do esforço comum³³.

A questão, nesse ponto, versava sobre “o que se entendia por esforço comum”³⁴. Nesse particular, cabe ressaltar algumas ponderações sobre o tema, tais como:

Seria apenas a participação efetiva, patrimonial, profissional, enfim, aquela que gerasse receitas para o pagamento das despesas cotidianas? Ou no conceito de esforço comum também se incluiria a convivência diária, a vida a dois, o cotidiano da relação, o constante alicerce pessoal e afetivo que um convivente exerce sobre o outro?³⁵

Saliente-se que existiram defensores para ambos os entendimentos. Em relação à primeira corrente, Jarbas Castelo Branco acentua que:

Faz-se necessário provar a existência da sociedade de fato por meio de todos os meios, apurando-se se realmente os amantes colocaram os recursos e esforços em comum para a obtenção do patrimônio e se houve a intenção de participarem dos lucros e perdas, pois a simples vida concubinária é insuficiente para configurar a sociedade de fato.³⁶

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 85.399 – Rel. Ministro Thompson Flores in RT/RJ n.º 22, pp 33-41, in: NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011.p. 28.

³³ NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27.

³⁴ Ibidem, p. 28.

³⁵ Idem, p. 29

³⁶ Idem, p. 29.

³⁶ BRANCO, 1994 apud NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 29.

Quanto a segunda corrente, Clito Fornaciari entendia que deveria ser concedido os direitos da convivente, na medida em que esta figurava como companheira, em seu significado mais íntimo, ofertando toda uma gama de sentimentos, zelos e cuidados para o outro convivente, independentemente da sua condição física e psicológica³⁷.

Registre-se que nossa jurisprudência refletiu as bases da primeira corrente. Gustavo Rene Nicolau aponta que até meados de 1980, o que não faltou foram decisões no sentido do não reconhecimento de qualquer direito à concubina. Nesse particular, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manifestou-se no seguinte sentido: “O concubinato, por si só, não gera comunhão de bens entre os amásios. Conseqüentemente, quando desfeito, não tem a concubina direito de obter a partilha dos bens do companheiro”³⁸. Continua o julgado e acentua-se que a ação deve ser julgada improcedente, tendo em vista não ter sido provada a sociedade de fato.

Ressalte-se que até mesmo o Supremo Tribunal Federal admitiu, após a confecção da Súmula 380, a necessidade de se demonstrar a sociedade de fato para o reconhecimento de direitos à concubina³⁹.

Outros julgados, carregados de nítida agressividade, evidenciavam que:

[...] para cobrar salários por serviços domésticos é preciso que a concubina prove que cozinhou, lavou roupa, costurou para fora e arrecadou numerário para o casal, que tomou conta da casa, que serviu de enfermeira, enfim que prestou serviços lucrativos⁴⁰.

Edgard de Moura Bittencourt salienta que a sentença supramencionada foi objeto de elogios pelos Tribunais Superiores em virtude da excelência demonstrada nos fundamentos da decisão⁴¹.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça de Sergipe foi um dos pioneiros a sustentar que:

³⁷ JÚNIOR, 2000 apud NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 29.

³⁸ NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 30.

³⁹ BRASIL, *Supremo tribunal federal*, Recurso Extraordinário n. 85.391. Relator: Thompson Flores. Brasília, DF, 5 de dezembro de 1978. Eis trecho da decisão: “para a existência da sociedade de fato não se faz bastante o concubinato, ainda que ‘*more uxorio*’. É mister comprovar que o patrimônio adquirido proveio do trabalho conjugado de ambos”.

⁴⁰ NICOLAU, op. cit., p. 30.

⁴¹ BITTENCOURT, 1969 apud NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 30.

[...] para a configuração da sociedade de fato entre concubinos ‘não é exigível a verificação de uma colaboração econômica financeira na formação do patrimônio [...]. A comunhão de interesses revela-se, também, pela vida e esforço comuns, com propósitos de cooperação.’⁴²

Quanto à redação da citada Súmula, a expressão “esforço comum” ensejou grande instabilidade quanto à interpretação na jurisprudência, conforme já evidenciado. Por um lado, “entendia uma corrente que a concubina só teria direito à participação no patrimônio formado durante a vida em comum se concorrera com seu esforço, trabalhando lado a lado do companheiro na atividade lucrativa⁴³”. Por outro lado, proliferavam-se decisões entendendo que “concorria igualmente para o enriquecimento do concubino a mulher que se atinha aos afazeres domésticos, propiciando-lhe o necessário suporte de tranquilidade e segurança para o desempenho de suas atividades profissionais⁴⁴”.

A segunda posição culminou encontrando ressonância no Superior Tribunal de Justiça, “que proclamou a distinção entre a mera concubina e a companheira com convivência *more uxorio*, para reconhecer o seu direito a participar do patrimônio deixado pelo companheiro, mesmo que não tenha exercido atividade econômica fora do lar”⁴⁵.

Destarte, foi-se esculpido a figura do concubinato adúltero, situação na qual situava-se o homem que vivia com a esposa e, simultaneamente, mantinha relação com a concubina. Dessa forma, as restrições existentes no Código Civil de 1916 passaram a ser aplicadas somente aos casos de concubinato adúltero⁴⁶. No entanto, quando o homem “encontrava-se separado de fato da esposa e estabelecia com a concubina um relacionamento *more uxorio*, isto é, de marido e mulher, tais restrições deixavam de ser aplicadas, e a mulher passava a ser chamada de companheira”⁴⁷.

Outrossim, passou-se a ser utilizada a expressão concubinato impuro, para fazer alusão ao adúltero, “envolvendo pessoa casada em ligação amorosa com terceiro, ou

⁴² DEDA, 2000 apud NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 31.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 604.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 604.

⁴⁵ *Idem*, p. 604.

⁴⁶ *Idem*, p. 605

⁴⁷ *Idem*, p. 605. A título exemplificativo, pode-se salientar que diversos tribunais passaram a decidir, com efeito, que o art. 1.177 do Código Civil de 1916, o qual proibia a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, não atingia a companheira, que não devia ser confundida com a concubina.

para apontar os que mantêm mais de uma união de fato”⁴⁸. Já a figura do concubinato puro ou companheirismo “seria a convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outra união (caso dos solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados ou que tiveram o casamento anulado)”⁴⁹.

Por derradeiro, cabe registrar a crítica realizada pela Desembargadora Maria Berenice Dias no tocante as decisões proferidas pelo Judiciário quando da dissolução do laço afetivo construído sem o resguardo do Estado⁵⁰:

As soluções encontradas regravam tão só efeitos patrimoniais do relacionamento na tentativa de coibir aberrantes injustiças. Em um primeiro momento, nas situações em que a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma “camuflada”⁵¹, sob o nome de **indenização por serviços domésticos**, talvez em compensação dos serviços de cama e mesa por ela prestados⁵². O fulcro das decisões era a inadmissibilidade do enriquecimento ilícito: o homem que se aproveita do trabalho e da dedicação de uma mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento⁵³.

No mesmo sentido Paulo Lôbo crítica o posicionamento adotado pela jurisprudência brasileira quando da apresentação de uma solução para a complexa situação da mulher ao fim do relacionamento concubinário, afirmando que⁵⁴:

A jurisprudência brasileira, tangenciando os óbices legais, procurou construir soluções de justiça para essas situações existenciais, configurando verdadeiro uso alternativo do direito, ante a pressão incontornável da realidade social. A principal vítima foi a mulher, estigmatizada como concubina, tendo em vista a cultura patriarcal que impedia ou inibia seu acesso ao mercado de trabalho, o que a deixava sob a dependência do homem, enquanto merecesse seu afeto. A mulher separada de fato ou solteira que se unia a um homem, com impedimento para casar, além do estigma, era relegada ao mundo dos sem direitos, quando dissolvido o concubinato, pouco importando se derivasse de convivência estável e que perdurasse por décadas, normalmente com filhos. Desconsideravam-se não apenas os aspectos existenciais dessa relação familiar, como a criação dos filhos e sua dedicação ao progresso do companheiro, mas os aspectos patrimoniais, para cuja aquisição e manutenção a companheira tinha colaborado, assumindo as

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 605.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 605-606.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 167-168.

⁵¹ *Ibidem*, 168.

⁵² SUANNES apud Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 168.

⁵³ RODRIGUES apud Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 168 (negrito no original).

⁵⁴ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169.

responsabilidades familiares e a estabilidade que ele necessitava para desenvolver as suas atividades⁵⁵.

De toda sorte, o posicionamento adotado pela jurisprudência foi de importância capital para a construção de uma nova perspectiva quanto ao modelo familiar, o qual mantinha seus alicerces em um modelo conservador e patriarcal, bem assim o reconhecimento de direitos e a já tardia tutela estatal dos laços afetivos construídos fora do matrimônio e, por via de consequência, elevada a entidade familiar pelo constituinte de 1988.

1.2 O novo paradigma⁵⁶ e a Constituição de 1988

Ante a realidade instaurada e as complexidades que se debatiam no seio social, que, por desdobramento, culminavam as portas do Judiciário e clamavam por soluções, não poderia a nova Constituição Federal, na qual o constituinte originário procurou escutar todos os segmentos sociais quando de sua elaboração, ser omissa e não prever “situação fática de há muito sedimentada, que vinha recebendo foros de juridicidade na doutrina e na jurisprudência, em face das ações que invadiam o Judiciário a clamar por solução”⁵⁷.

Pode-se suscitar como fundamento maior, o qual ensejou novos contornos ao Direito de Família, a evolução da sociedade e de seus costumes, o que propiciou o reconhecimento e aceitação de uniões extramatrimoniais, levando a Carta Maior a dar nova dimensão ao que vem a ser considerado família, introduzindo um termo genérico para identificá-las, esculpiu, assim, a denominação entidade familiar. Foi muito além, o conceito de família restou por dilatar-se, antes restrito àquele constituído apenas com a benção da igreja, passou a albergar relacionamentos outros, garantiu juridicidade aos vínculos extramatrimoniais até então marginalizados pela lei⁵⁸.

Assim, o concubinato foi colocado sob um novo alicerce, o constituinte originário “passou a reconhecer as uniões extraconjugais como realidade jurídica, e não

⁵⁵ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169.

⁵⁶ Para Thomas Kuhn, paradigmas são realizações que possuem em sua essência duas características simultâneas, a primeira é ser uma realização que “foram suficientemente sem precedentes para atrair um grupo duradouro de partidários, afastando-os de outras formas de atividade científica dissimilares” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2001, p. 30), enquanto a segunda reflete que “suas realizações eram suficientemente abertas para deixar toda a espécie de problemas para serem resolvidos pelo grupo redefinido de praticantes da ciência” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2001, p. 30).

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 83.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 168

apenas como um fato social⁵⁹”. Ademais, “retirou-lhes todo aspecto estigmatizante, no momento em que as colocou sob a proteção do Estado⁶⁰”, as uniões de fato entre um homem e uma mulher foram reconhecidas como entidade familiar, com o nome de união estável.

Nesse sentido, o constituinte originário instituiu a família como a base de nossa sociedade e, para tanto, recebe proteção especial do Estado. Com efeito, o art. 226, § 3º, da Constituição Federal eleva a *status* constitucional a união estável, merecendo, em sentido amplo, o resguardo do Estado, declarando-se o aludido reconhecimento nos seguintes termos: “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 casamento⁶¹”.

Contudo, por mais que o constituinte tenha outorgado à lei a obrigação de facilitar a conversão da união estável em casamento não há em que se falar em hierarquia entre as duas modalidades, bem como não lhe retira a qualificação de família e a necessária tutela estatal⁶². Ademais, não há equivalência entre as retrocitadas modalidades, pois o aludido artigo é explícito em afirmar que ‘a lei facilitará a sua conversão em casamento’, assim não haveria sentido em cogitar a sua conversão, caso se tratasse do mesmo conceito⁶³. Alguns autores sustentam que vislumbra-se, no caso, tão somente a preferência de ser regularizada a situação de fato⁶⁴.

Quanto à eficácia da proteção constitucional da união estável no âmbito dos tribunais, suscita Maria Berenice Dias que de nada ou de muito pouco serviu, uma vez que não houve reflexos na jurisprudência, apesar do reconhecimento da doutrina do surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata, não se falando mais em sociedade de fato, o que não ocorreu nos tribunais. O laço concubinário, com a nova denominação ‘união estável’, continuou a ser apreciado no âmbito do direito das obrigações. Poucos direitos foram concedidos além daqueles já conquistados pré-constituição. A súmula 380 continuou sendo invocada para solucionar as demandas levadas ao Judiciário quando da extinção do

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 578.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 578.

⁶¹ BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Art. 226, § 3º, da CF: [...], III: “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”.

⁶² DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 84

⁶³ PEREIRA, op. cit., 578.

⁶⁴ DIAS, op. cit., p. 84.

relacionamento concubinário. A realidade era que quase nada foi alterado e tímidas foram as mudanças que ocorreram⁶⁵.

Ponto conflitante tanto na doutrina quanto na jurisprudência foram os requisitos para a identificação da união estável, na medida em que a Constituição foi silente em evidenciar os pontos básicos para sua configuração. No entanto, parte da doutrina entendia que a união estável surgia em decorrência de situação fática, assim, não haveria necessidade da lei impor qualquer engessamento para sua tipificação ou enquadramento, o que propiciaria relações à margem de regramentos⁶⁶.

Porém, alguns parâmetros foram construídos. A união estável, para se configurar, deveria ser oriunda de uma relação duradoura e notória, não bastando o simples companheirismo⁶⁷. Em diversos julgados, foi-se consolidando o entendimento de que a união estável seria “a entidade familiar formada por um homem e uma mulher, com vida em comum, *more uxório*, por período que revele estabilidade e vocação de permanência, com sinais claros, indúvidos de vida familiar, e com o uso em comum do patrimônio”⁶⁸.

Destaque-se que somente em 1994, com o advento da Lei n. 8.971/94⁶⁹, foi apresentado a forma pela qual se configura a união estável, revelando, dessa forma, que o “legislador ordinário levou mais de seis anos para regular a relação entre um homem e uma mulher fora do casamento, à qual a Constituição chamou de entidade familiar e deferiu proteção estatal”⁷⁰.

1.3 A Lei nº 8.971/94

Em 29 de dezembro de 1994, entrou em vigor a primeira lei a regular a previsão constitucional. A priori revelou-se tímida. No entanto, esta legislação possuiu significativa relevância no que concerne ao reconhecimento de direitos do casal, pois tinha por escopo regular os direitos a alimentos e a sucessão. Ademais, positivou os elementos básicos para caracterizar a união estável, ponto, até então, confuso na doutrina e na jurisprudência. Nesse sentido, denominou companheiros o casal que conviva há mais de cinco

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p 84

⁶⁶ *Ibidem*, p 88.

⁶⁷ *Idem*, p 88.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 578-579.

⁶⁹ BRASIL. *Lei Nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

⁷⁰ DIAS, op. cit., p 77.

anos ou que em razão dele tenha prole, conforme explícito em seu art. 1⁷¹, ilidindo, assim, o consagrado termo concubinato por tanto tempo utilizado quando da referência destes vínculos.

Com efeito, abstrai-se da redação do mencionado artigo que a entidade familiar entendida como união estável decorreria da união afetiva com vigência não inferior a cinco anos ou que existisse prole do casal, o que ensejou a permanência de relações outras à margem do resguardo de sua incidência, podendo suscitar, a título exemplificativo, o laço afetivo entre homem e mulher no qual havia mera separação de fato, em face da vedação de casar⁷².

De forma positiva, a legislação em tela incluiu o companheiro na ordem de vocação hereditária, bem como concedeu-lhe “o direito ao usufruto da metade ou da quarta parte dos bens, a depender da existência da prole. Assegurou direito à meação exclusivamente quando provada a colaboração do companheiro⁷³”.

Apesar do avanço legal no sentido do reconhecimento dos direitos aos companheiros, percebe-se, no entanto, a manutenção de um certo resquício preconceituoso ao “regrar a relação entre pessoas solteiras, juridicamente separadas, divorciadas ou viúvas, deixando injustificavelmente fora de seu espectro de incidência as uniões dos casados, mas separados de fato⁷⁴”. A omissão do legislador em se posicionar de uma maneira mais humana gerou discrepâncias sociais, na medida em que “permitiu reconhecer apenas como jurídicas as relações existentes há mais de 5 anos ou de que resultou prole, como se tais requisitos as purificassem⁷⁵”.

No tocante a obrigação alimentar, o legislador prescreveu um tratamento mais benéfico e liberal à companheira, pois os únicos requisitos para a concessão de alimentos em virtude da extinção da união estável são a prova da existência da referida união e a necessidade da percepção, não se discutindo a culpa ou outro motivo que veio a ensejar o fim do relacionamento. Por outro lado, no caso do rompimento do laço matrimonial, o art. 19, da

⁷¹ BRASIL. *Lei Nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Art. 1º. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

⁷² DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p 64.

⁷³ *Ibidem*, p. 64.

⁷⁴ *Idem*, p. 64.

⁷⁵ *Idem*, p. 64.

Lei n. 6.515/77, denominada lei do Divórcio, prescrevia que “o cônjuge considerado culpado pelo rompimento do vínculo não tem direito a perceber alimentos, somente a obrigação de pagá-los ao cônjuge inocente que deles necessitar”⁷⁶. Com efeito, esta discrepância provocou diversos questionamentos para parte dos doutrinadores da época, na medida em que a proteção garantida à companheira era muito superior àquela que albergava a esposa⁷⁷.

Outro privilégio dado pela Lei n. 8.974/94 é explicitado na forma pela qual é tratado o companheiro quando da sucessão, pois além de ter sido incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo, tal como o cônjuge sobrevivente, fará *jus* ao usufruto do bem, diferentemente do cônjuge, caso seu regime do casamento for o da comunhão universal de bens⁷⁸.

Por derradeiro, aflora-se uma questão deveras significativa quando da análise do requisito da manutenção da união por pelo menos 5 (cinco) anos para a constituição da união estável, qual seria o destino do patrimônio formado, caso a união seja desfeita antes dos 5 (cinco) anos e não haja prole? Por uma simples subsunção lógica percebe-se que não seria lícito a partilha, solução esta que propiciaria o enriquecimento sem justa causa de um dos conviventes⁷⁹.

Conclui-se, dessa feita, que se por um lado a lei é tímida em determinadas situações, em outras “é mais benevolente com as relações que regula. Privilegia a união estável, apesar da aparente preferência da norma constitucional pela relação matrimonializada, ao recomendar empenho na sua transformação em casamento”⁸⁰.

1.4 A Lei n° 9.278/96

Praticamente dois anos após o advento da Lei n.º 8.974/94, mais precisamente em 10 de maio de 1996 entra em vigor a Lei n. 9.278/96⁸¹, “que expressamente regula a norma constitucional consagradora da união estável, ao conceder alimentos e direito de habitação e reconhecer o condomínio dos bens adquiridos em comum”⁸². O legislador,

⁷⁶ BRASIL. *Lei Nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Art. 19.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p 77.

⁷⁸ *Ibidem*, p 77-78.

⁷⁹ *Idem*, p 78.

⁸⁰ *Idem*, p 78.

⁸¹ BRASIL. *Lei Nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

⁸² DIAS, op. cit., p 93.

percebendo as limitações impostas pela lei anterior, “foi sensível aos reclamos que se fizeram ouvir, não estabelecendo qualquer pressuposto de caráter temporal”⁸³. Destarte, a aludida lei apresenta um novo conceito de união estável, retirando a exigência do interstício de cinco anos de convivência ou a existência de prole, bem assim ilide a restrição sobre o estado civil dos parceiros⁸⁴.

Ora, acertou, sem qualquer dúvida, o legislador em não atribuir prazo para configuração da união estável ou perseguir o estado civil dos conviventes. No entanto, “estabeleceu requisitos outros, delegando o reconhecimento da união ao poder discricionário do juiz, que, em cada caso concreto, irá identificar os elementos de permanência, notoriedade, afetividade e comunhão de interesses⁸⁵”, para então evidenciar a existência da união apta a gerar direitos.

Faz-se necessário salientar que os reflexos do advento da citada lei foi objeto de discussões por parte da doutrina e da jurisprudência. A questão principal tinha seu cerne na dificuldade em se estabelecer a lei que seria aplicada no caso concreto, pois “não houve expressa revogação da legislação pretérita, estando o direito sucessório regrado somente na Lei anterior”⁸⁶, e incontestavelmente, naquele momento, permanecia uma “dupla normatização legal a regular a união estável. A Lei n. 9.278/96 regula os alimentos e o regime de bens adquiridos em comum, enquanto a Lei n. 8.971/94 continua normando os direitos sucessórios”⁸⁷.

Para Maria Berenice Dias, a melhor solução para o problema acima era que: “ainda que haja uma dualidade de leis a deferir distintos direitos, mister que se reconheça que o conceito de união estável é único, merecendo ser definido como tal o que exclusivamente atende aos pressupostos postos no novo diploma”⁸⁸.

Assim, o conceito de união estável aceito à época era aquele emanado pelo art. 1º da Lei n° 9.278/96. Contudo, no tocante aos direitos, regulados pelos dois diplomas,

⁸³ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 93.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 93. Com o advento da nova legislação não havia mais restrição para a constituição da união estável quando um dos membros estivesse separado de fato, situação na qual ficava impossibilitado de constituir união em face da Lei anterior.

⁸⁵ *Idem*, p. 93.

⁸⁶ *Idem*, p. 93.

⁸⁷ *Idem*, p. 93.

⁸⁸ *Idem*, p. 94.

ambos os ordenamentos seriam aplicados à união estável, havendo, apenas, “uma ampliação no leque de consequências decorrentes das relações fora do casamento”⁸⁹.

De toda sorte, cabe registrar que a Lei n. 9.278/96⁹⁰, apesar de suas limitações, propiciou um maior alcance à proteção estatal a uniões que até então permaneciam esquecidas à margem da sociedade. Com efeito, “se a sociedade muda e as relações entre as pessoas evoluem, as leis, para cumprirem seu papel de reger a vida e estabelecer pautas de conduta, também têm que se plasmar às novas realidades”⁹¹. Assim, mister que os operadores do direito não se olvidem de interpretar as leis sob um prisma que mais se aproxima a refletir a realidade social⁹².

1.5 A União Estável no Código Civil de 2002

Com o advento do Código Civil de 2002, restaram revogadas as Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 em virtude da inclusão da matéria no âmbito do diploma legal em comento, o qual trouxe mudanças significativas, em especial, inseriu “o título referente à união estável no Livro de Família e incorporou, em cinco artigos, os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduziu disposições esparsas em outros capítulos⁹³” com a finalidade de regular determinados efeitos, como na hipótese de obrigação alimentar.

O novo Código tratou nos artigos 1.723 a 1.727 dos aspectos pessoais e patrimoniais da união estável, “deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório”⁹⁴, positivado no art. 1.790 do referido diploma.

Inicialmente, observa-se que o art. 1.723 do diploma em tela praticamente repete o que foi previsto pela Lei n. 9.278/96, não estabelecendo lapso mínimo de convivência para a configuração da união estável.

Analisando-se o § 1º do artigo em comento, percebe-se a admissão expressa da possibilidade de união estável entre pessoas que mantiveram seu estado civil de casados, contudo, estando separadas de fato⁹⁵.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 96.

⁹⁰ BRASIL. *Lei N° 9.278, de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

⁹¹ DIAS, op. cit., p. 96.

⁹² Ibidem, p. 96.

⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 608.

⁹⁴ Ibidem, p. 608.

No que tange ao campo pessoal, o art. 1.724 do mesmo diploma, prevê os deveres de “*lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, como obrigação recíproca dos conviventes*”⁹⁶”.

Quanto ao artigo 1.725, este prescreve que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens”, ou seja, no tocante ao direito de meação, “a união estável foi integralmente equiparada ao casamento realizado no regime da comunhão parcial de bens”⁹⁷, por este motivo, aplicam-se os mesmos princípios e normas atinentes a alimentos entre cônjuges⁹⁸.

O art. 1.726 prescreve a possibilidade de conversão da união estável em casamento, contudo, parte da doutrina admite que a ausência do estabelecimento de critérios, requisitos, formalidades e os efeitos do pedido, torna sem sentido a existência de tal previsão, uma vez que faz “subsistir um conturbado ambiente normativo sobre o assunto, desenvolvido pelos tribunais mediante portarias e provimentos, no exercício da Corregedoria dos Cartórios de Registro Civil, e às vezes conflitantes entre si”⁹⁹.

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 609.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 609.

⁹⁷ *Idem*, p. 630.

⁹⁸ *Idem*, p. 609.

⁹⁹ *Idem*, p. 609.

2. UNIÃO ESTÁVEL

2.1 A Entidade Familiar Pós-Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 pode ser percebida como um verdadeiro divisor de águas no que tange a estrutura familiar. Com efeito, a mudança de paradigma proporcionada pela nova Constituição propiciou uma transição de um modelo conservador e patriarcal que perdurou por longo período em nossa história para um modelo cujo sustentáculo baseia-se na afetividade entre os membros que a constituem. Nesse sentido, cumpre registrar que:

A vastidão de **mudanças** das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da **pessoa humana**. A família adquiriu **função instrumental** para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade – que não se alterou – de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem. No contexto do mundo globalizado, ainda que continue ela a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do conceito de família¹⁰⁰.

Outrossim, “a consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família¹⁰¹”.

O conceito de família foi ampliado pela Constituição, reconhecendo outras entidades familiares além da constituída em virtude do casamento. Nesse contexto, o art. 226 da Carta Maior reconhece a necessária proteção “**a união estável**¹⁰² e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes¹⁰³ que começou a ser chamada de **família monoparental**”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 40 (negrito no original).

¹⁰¹ Ibidem, p. 42 (negrito no original).

¹⁰² BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Art. 226, § 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”.

¹⁰³ BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Art. 226, § 4º: [...] “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

¹⁰⁴ DIAS, op. cit., p. 41 (negrito no original).

Maria Berenice Dias apresenta com singularidade a forma pela qual a família se configura após o advento da Constituição Federal de 1988. Eis o seu apontamento:

Nos dias de hoje, o que **identifica** a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a escola sob o manto da juridicidade, é a presença de um **vínculo afetivo** a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando o comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: **casamento, sexo e procriação**. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento dos métodos reprodutivos fruto da evolução da engenharia genética fizeram com que esse tríptico pressuposto deixasse de servir para basilar o conceito de família. Caiu o mito da **virgindade** e agora sexo – até pelas mulheres – pratica-se fora e antes do casamento. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. As relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento constitucional¹⁰⁵.

Com efeito, é necessário perceber que a entidade familiar tem assumido distintas formas e, em razão de sua natureza, fundamental a tutela do Estado. Desse modo, “deve-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação”¹⁰⁶.

2.2 Princípio da Afetividade

A afetividade “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”¹⁰⁷.

O princípio em tela teve um significativo fomento graças aos valores consagrados na Constituição de 1988, sendo uma das consequências da evolução da família brasileira, refletindo-se tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Cabe registrar que:

[...] o princípio da afetividade “especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 41 (negrito no original).

¹⁰⁶ Ibidem, p. 41-42.

¹⁰⁷ LOBÔ, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família “expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade”¹⁰⁸ (este no sentido da afetividade).

Reitere-se que a essência da família, no contexto atual, se modificou e não é mais percebida como instrumento de labor ou meio a produzir a subsistência de seus membros. A família possui como alicerce os desejos e vínculos afetivos dos membros que constituem o grupo, em comunhão de vida.

Interessante salientar que o afeto não se confunde com o princípio jurídico da afetividade, embora possa ser presumido quando ausente no seio da relação entre os companheiros. Ademais, o princípio da afetividade incide enquanto ocorrer a afetividade real, uma vez que esta decorre da convivência¹⁰⁹. Por sua vez, a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, “tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com o objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências, que abrange tanto o que une quanto o que desune”¹¹⁰.

Observa-se o dever de assistência entre cônjuges e companheiros como desdobramento do princípio da afetividade, o qual “pode projetar seus efeitos para além da convivência, como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada”¹¹¹.

De toda sorte, cabe registrar que:

A força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador. A afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares. Às vezes a intervenção legislativa fortalece o dever de afetividade, a exemplo da Lei n. 11.112/2005, que tornou obrigatório o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas, assegurando o direito à companhia e reduzindo o espaço de conflitos, e da Lei n. 11.698/2008, que determinou a preferência da guarda compartilhada, quando não houver acordo entre os pais separados.

Conclui-se que a concepção atual pelo direito da família demonstra uma verdadeira revolução, a família tornou-se o local de realização de afetos, afastando-se do modelo posto pela Igreja, cujo sustentáculo encontrava-se em sua imutabilidade e

¹⁰⁸ STRAUSS, 1976 apud LOBÔ, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

¹⁰⁹ LOBÔ, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 71.

¹¹¹ *Idem*, p. 72.

indissolubilidade, no qual o afeto era secundário¹¹². De fato, “a força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares”¹¹³.

Maria Berenice Dias acentua os reflexos do distanciamento entre o Estado e a Igreja e as consequências para a percepção atual da família em nossa sociedade. Eis sua consideração:

O afrouxamento dos laços entre o **Estado** e **igreja** acarretou profunda evolução social e a mutação do próprio conceito de família, que se transformou em verdadeiro caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e se consolida em cada geração. Começaram a surgir novas estruturas de convívio sem uma terminologia adequada que as diferencie. Nas famílias formadas por pessoas que saíram de outras relações, seus componentes não têm nem nomes que os identifiquem e nem lugares definidos. Os novos contornos da família estão desafiando a possibilidade de se encontrar uma conceituação única para sua identificação¹¹⁴.

Nesse contexto, a afetividade evidencia-se como elemento principal nas relações familiares, uma vez que “a família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva”¹¹⁵. A união estável, por sua vez, é apenas mais um formato pelo qual a estrutura familiar se manifesta, o que não diminui a sua importância, mas demonstra que o direito deve-se adequar aos novos contornos que a sociedade assume. Com efeito, “a sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de constante **oxigenação das leis**”¹¹⁶.

No tocante à união estável, em virtude de sua relevância para a discussão a ser realizada nesta monografia, será apresentado, doravante, os pressupostos para a sua constituição, bem como as especificidades e divergências tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais que os rodeiam, para então discorrer sobre o objeto da presente monografia.

2.3 Requisitos para a União Estável

Talvez, a característica mais marcante da união estável seja a ausência de formalismo para sua configuração. “Enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união

¹¹² LOBÔ, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

¹¹³ Ibidem, p. 73.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 43 (negrito no original).

¹¹⁵ Ibidem, p. 29.

¹¹⁶ Idem, p. 29 (negrito no original).

estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade¹¹⁷”, sendo suficiente o fato da vida em comum.

A ausência de formalismo pode parecer uma vantagem para àqueles adeptos da modalidade em tela, pois, do mesmo modo de sua constituição, uma eventual dissolução do vínculo afetivo poderá ser realizada pelo mero consenso dos interessados. No entanto, instaura-se uma significativa gama de dificuldades para provar a existência da relação, por não existir, em regra, documento constitutivo de entidade familiar¹¹⁸.

Nesse sentido, acentua Zeno Veloso que:

[...] malgrado a tônica da união estável seja a informalidade, não se pode dizer que a entidade familiar surja no mesmo instante em que o homem e a mulher passam a viver juntos, ou no dia seguinte, ou logo após. Há que existir, aduz, uma duração, “a sucessão de fatos e de eventos, a permanência do relacionamento, a continuidade do envolvimento, a convivência *more uxorio*, a notoriedade, enfim, a soma de fatores subjetivos e objetivos que, do ponto de vista jurídico, definem a situação”¹¹⁹.

Debruçando-se sobre os aludidos artigos, conclui-se que o Código Civil de 2002 estabeleceu diversos requisitos ou pressupostos para a constituição da união estável, desdobrando-se em subjetivos e objetivos. Assim, evidenciam-se os pressupostos de ordem “*subjetiva* os seguintes: convivência *more uxorio*; *affectio maritalis*; e como de ordem objetiva: diversidade de sexos; notoriedade; estabilidade ou duração prolongada; continuidade; inexistência de impedimentos matrimoniais; e relação monogâmica”¹²⁰.

2.3.1 Pressupostos de Ordem Subjetiva

2.3.1.1 Convivência *More Uxorio*

O pressuposto em tela se configura quando da convivência “de um homem e uma mulher em posse de estado de casados *-more uxorio-* ou seja, em conformidade com o costume de casado, ou como se casado fossem, com todos os elementos essenciais”¹²¹. Assim, revela-se por meio da “mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de

¹¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 611.

¹¹⁸ *Ibidem*, 611.

¹¹⁹ *Idem*, p. 612.

¹²⁰ *Idem*, 612.

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 173

componentes materiais e espirituais¹²²” que são a base dos laços afetivos “inerentes à entidade familiar”¹²³.

O art. 1.723¹²⁴, do Código Civil, não prescreve explicitamente como requisito essencial a coabitação ou a convivência sob o mesmo teto. Contudo, boa parte da doutrina considera este elemento como uma das mais marcantes características para a configuração da união estável, uma vez que “essa entidade familiar decorre desse fato, da aparência de casamento, e essa aparência é o elemento objetivo da relação, a mostra, o sinal exterior, a fachada, o fator de demonstração inequívoca da constituição de uma família”¹²⁵.

Entendimento diverso foi cristalizado no Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 382, considerando que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”¹²⁶.

Apesar do entendimento supra, é cabível levantar a questão suscitada por Carlos Roberto Gonçalves ao analisar a aludida súmula, pois, para ele, “é difícil, no entanto, imaginar que o casal tenha a intenção de constituir família se não tem vida em comum sob o mesmo teto”¹²⁷. Com efeito, um dos principais pressupostos da união estável encontra-se na manifestação de vontade no sentido da constituição de família, não se restringindo a meros encontros ou um simples namoro, a ausência da vida em comum sob o mesmo teto propicia certa margem de instabilidade e insegurança para comprovar a existência da união. Nesse caso, “desde que, apesar do distanciamento físico, haja entre eles a *affectio societatis*, a efetiva convivência, representada por encontros frequentes, mútua assistência e vida social comum, não há como se negar a existência da entidade familiar”¹²⁸.

Aos olhos de Maria Berenice Dias não há qualquer obstáculo para o surgimento de uniões estáveis em que os companheiros optaram por não conviver sob o mesmo teto. A citada autora salienta que:

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 612.

¹²³ *Ibidem*, p. 612.

¹²⁴ BRASIL, *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹²⁵ GONÇALVES, *op. cit.*, 2011, p. 612-613.

¹²⁶ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. Súmula 382: “A vida em comum sob o mesmo teto “*more uxorio*”, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

¹²⁷ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 613.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 613.

A convivência sob o mesmo teto não é requisito da união estável. Persiste o conteúdo da Súmula 382 do STF, que atingia o que atualmente se denomina união estável. Nem a Constituição nem o Código Civil fazem tal exigência, acertadamente, pois da realidade social brotam relações afetivas estáveis de pessoas que optaram por viver em residências separadas, especialmente quando saídas de relacionamentos conjugais, ou que foram obrigadas a viver assim em virtude de suas obrigações profissionais. A estabilidade da convivência não é afetada por essa circunstância, quando os companheiros se comportarem, nos espaços públicos e sociais, como se casados forem¹²⁹.

Todavia, faz-se necessário observar que a aludida súmula refere-se ao concubinato e não a união estável. Ademais, foi construída há mais de 40 anos, período em que buscava-se uma resposta do judiciário no tocante ao reconhecimento dos direitos da concubina, cuja solução foi a adoção “da existência de uma sociedade de fato, de caráter obrigacional, em que pouco importava a convivência sob o mesmo teto para a sua caracterização”¹³⁰.

O entendimento supramencionado tem sido adotado em vários julgados com o escopo de afastar a referida Súmula 382 à união estável, “afirmando-se que não há como reconhecer o relacionamento afetivo, mesmo que de longa data, como união estável, se as partes não viviam sob o mesmo teto”¹³¹. Para os adeptos desta corrente, “a moradia comum é configuração típica de uma vida de casados, a que almeja a união estável”¹³².

Em outro julgado, o magistrado afasta a aplicação da aludida Súmula utilizando o seguinte argumento:

[...]esgrimindo-se contra a tese da necessidade da vida em comum sob o mesmo teto, com a Súmula n. 382 do Supremo Tribunal Federal. Esse argumento, com a máxima vênia, revela desconhecimento do verdadeiro sentido da aludida Súmula, que fala em concubinato, não em união estável. A Súmula foi editada há cerca de 40 anos quando era impensável algo parecido com a união estável¹³³.

Apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial, está se consolidando um entendimento no sentido de se dispensar “a convivência sob o mesmo teto para a caracterização da união estável, exigindo-se, porém, relações regulares, seguidas, habituais e

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 177-178.

¹³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 613.

¹³¹ *Ibidem*, p. 613. Nesse sentido, veja a decisão proferida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação N. 70.000.339.168, 7ª Câmara Civil, Rel. Des. Brasil Santos, j. 1º-3-2000.

¹³² *Idem*, p. 613.

¹³³ *Idem*, p. 613. A título exemplificativo, veja a decisão proferida no julgamento dos Embargos Infringentes Nº 70.003.119.187, 4ª Câm., rel. Des. Vasconcellos Chaves, j. 12-4-2002, proferida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

conhecidas, se não por todo mundo, ao menos por um pequeno círculo”¹³⁴. Este é o posicionamento de Rodrigo da Cunha Pereira, o qual reitera, ainda, que:

[...] no direito brasileiro já não se toma o elemento da coabitação como requisito essencial para caracterizar ou descaracterizar o instituto da união estável, mesmo porque, hoje em dia, já é comum haver casamentos em que cônjuges vivem em casas separadas, talvez como uma fórmula para a durabilidade das relações¹³⁵.

O posicionamento acima tem encontrado ressonância no Superior Tribunal de Justiça, afastando a necessidade do preenchimento do pressuposto em tela para a configuração da união estável, sendo apenas mais um meio de prova e não um dos seus requisitos essenciais. Nesse sentido, cabe registrar o seguinte trecho proferido em julgamento no Superior Tribunal de Justiça:

[...] Não exige a lei específica (Lei n. 9.278/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a união estável. Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes. O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento”¹³⁶.

De fato, percebe-se que a discussão tem relevância, mas o interesse do casal deve prevalecer em face do preenchimento do pressuposto, se ambos acordam no sentido da constituição da união estável não deveria o Estado criar obstáculos para impedir a realização pessoal de cada indivíduo. Ademais, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça reflete com excelência a forma pela qual deve o Direito se adequar as mudanças sociais e a sua constante evolução.

2.3.1.2 *Affectio Maritalis*

O pressuposto em apreço é de importância capital para a constituição da união estável. A *affectio maritalis* é o ânimo ou objetivo de constituir família¹³⁷. O referido elemento subjetivo deve estar presente para que exista a entidade familiar, “o elemento

¹³⁴ PEREIRA, 2001 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 614.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 614.

¹³⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N. 474-962-SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJe, 1º-3-2004 in: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 614.

¹³⁷ *Idem* p. 614.

espiritual caracterizado pelo ânimo, a intenção, o firme propósito de constituir uma família¹³⁸, deve ser o alicerce da união, independentemente do grau de afetividade que permeia a relação entre os companheiros.

A origem do aludido pressuposto decorre dos obstáculos criados pela sociedade, bem como da ausência do reconhecimento jurídico das relações extramatrimoniais. Nesse sentido, explica Silvana Maria Carbonera que:

[...] a intenção do par era casar, tinha por objetivo constituir uma família, o que não ocorria tão só por impedimento legal. Assim, a proibição de formação de uma família matrimonializada é que acabou provocando a valorização dos motivos que levaram os sujeitos a constituir uma nova família¹³⁹.

De toda sorte, o pressuposto em tela “exige a efetiva constituição de família, não bastando para a configuração da união estável o simples *animus*, o objetivo de constituí-la”¹⁴⁰, pois, ausente a efetiva constituição de família, relações outras, “em que há somente o objetivo de formação familiar, seria equiparado à união estável”¹⁴¹.

Com efeito, não há em que se falar em união estável quando o relacionamento se restringe a “encontros amorosos mesmo constantes, ainda que os parceiros mantenham relações sexuais, nem as viagens realizadas a dois ou o comparecimento juntos a festas, jantares, recepções”¹⁴², caso inexista o interesse recíproco em constituir uma família.

Por consequência das mencionadas especificidades, torna-se uma tarefa complexa provar a existência do pressuposto em comento. Alguns juízes utilizam como indícios de sua existência “a manutença de um lar comum, a frequência conjunta a eventos familiares e sociais, mútua dependência econômica, empreendimentos em parceria, contas bancárias conjuntas”¹⁴³, entre outros fatores.

¹³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 614.

¹³⁹ CARBONERA, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁴⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 615.

¹⁴¹ SILVA, 1990 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 616.

¹⁴² Ibidem, p. 615.

¹⁴³ Idem, p. 615.

2.3.2 Pressupostos de Ordem Objetiva

Doravante, será apresentado as características dos pressupostos de ordem objetiva, de modo a evidenciar as nuances que permeiam esses requisitos, bem como acentuar as divergências e pontos em comum na doutrina e jurisprudência.

2.3.2.1 *Diversidade de Sexos*

A união estável se assemelha ao casamento, diferenciando-se deste em virtude da ausência de formalidades para sua configuração, porém, a essência permanece. Assim, a união estável só pode decorrer de relacionamento entre pessoas de sexo diferente¹⁴⁴. Ademais, “a doutrina considera da essência do casamento a heterossexualidade e classifica na categoria de ato inexistente a união entre pessoas do mesmo sexo”¹⁴⁵.

Nesse sentido, Álvaro Villaça Azevedo afirma que:

[...] desde que foram conferidos efeitos ao concubinato, até o advento da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, sempre a Jurisprudência brasileira teve em mira o par andrógino, o homem e a mulher. Com a Constituição Federal, de 5-10-1988, ficou bem claro esse posicionamento, de só reconhecer, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, conforme o claríssimo enunciado do § 3º do seu art. 226”¹⁴⁶.

Até pouco tempo, a jurisprudência reconhecia “tão somente a existência de sociedade de fato, entre sócios, a indicar direitos de participação no patrimônio formado pelo esforço comum de ambos, e não união livre como entidade familiar”¹⁴⁷. Assim, o laço afetivo oriundo da união entre “pessoas do mesmo sexo, chamada de parceria homossexual ou união homoafetiva, por si só, não gerava direito algum para qualquer deles, independentemente do período de coabitação”¹⁴⁸.

O judiciário afastava o reconhecimento da união estável e tratava o casal como meros sócios, aplicando, apesar da diversidade de sexo, o art. 1.363, do Código Civil, pois estava presente o contrato de sociedade, independentemente da existência do casamento

¹⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 615.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 615.

¹⁴⁶ *Comentários ao Código Civil*, v. 19, p. 203.

¹⁴⁷ GONÇALVES, op. cit., p. 616

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 616.

ou da união estável. A matéria ficava, assim, excluída do âmbito do Direito de Família e permanecia sobre o amparo do Direito das Obrigações¹⁴⁹.

O pressuposto em comento, como já mencionado, é um dos requisitos para o casamento, sua importância revela-se em razão da necessidade de sua observância para gerar o reconhecimento de direitos e deveres juridicamente, e possui a união estável como paradigma. Contudo, é nítido que o ordenamento jurídico não acompanha os clamores sociais, as novas realidades, a evolução social, o que não impede a busca por uma resposta do Judiciário, pois, como já citado, nem há como o Estado impedir o surgimento de novos laços afetivos, independente do sexo dos envolvidos.

Nesse particular, a então deputada Marta Suplicy, buscou efetivar uma regulamentação para uniões estáveis de natureza diversa, propondo o Projeto de Lei n. 1.151, de 1995, apresentado ao Congresso Nacional com o escopo de tão somente discipliná-las, não pretendendo “dar às parcerias homossexuais um *status* igual ao casamento, como consta da justificativa encaminhada, no sentido de que o projeto não se refere ao casamento, nem propõe a adoção de crianças ou a constituição de família”, gerando a possibilidade do reconhecimento do “direito à herança, previdência, declaração comum de imposto de renda e nacionalidade”¹⁵⁰.

Por meio de seu substitutivo, datado de 10 de dezembro de 1996, aparece os primeiros contornos da chancela estatal no que toca ao reconhecimento da união estável, prescrevendo o seu art. 1º que: “é assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei”¹⁵¹.

Cabe ressaltar a discussão que se arrasta por longo período acerca do reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, pois ainda que permaneça uma lacuna legislativa, este fundamento não é suficiente para apagar da nossa realidade essas novas configurações afetivas, “nessa linha, eminentes doutrinadores têm colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de

¹⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 616.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 616-617.

¹⁵¹ *Idem*, p. 617. Em 31 de maio de 2001, o supramencionado Projeto de Lei foi retirado de pauta em virtude de acordo entre os Senhores Líderes. Por outro lado, em 14 de agosto de 2007, o então Deputado Celso Russomano solicitou a inclusão na ordem do dia do Projeto de Lei nº 1.151/95, contudo, a tramitação do Projeto permanece sem qualquer modificação até o presente momento, ou seja, até o dia 01.10.2012.

atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas”¹⁵². Na jurisprudência, diversos tribunais tem reconhecido a possibilidade de uniões homoafetivas serem albergadas dentro do conceito de entidade familiar, justificando este posicionamento com esteio no seguinte argumento:

[...] a ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais¹⁵³.

Mais uma vez, percebe-se que, apesar da ausência legislativa, os casais que se encontram na condição de uma união homoafetiva continuam a buscar junto do Poder Judiciário o reconhecimento dos seus direitos. Os tribunais, ao apreciar as aludidas demandas, tem reconhecido, em sua maioria, os seguintes direitos:

[...] o direito de inclusão do companheiro como dependente no plano de saúde; de recebimento de pensão em caso de morte do parceiro segurado do INSS ou em plano de previdência privada; de guarda de filho, em caso de um dos parceiros ser mãe ou pai biológico da criança; de adoção por casal formado por duas pessoas do mesmo sexo; e de participação no patrimônio formado pelo esforço comum de ambos¹⁵⁴.

No tocante ao reconhecimento da possibilidade de união estável homoafetiva, duas ações possuem relevância capital. A primeira é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁵⁵ 132 e a segunda é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 178 que posteriormente foi recebida como Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4277.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132¹⁵⁶ foi apresentada ao apelo do Supremo Tribunal Federal em 25.02.2008, de autoria do Governador do Rio de Janeiro. Na referida ação constava como preceitos fundamentais

¹⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 617.

¹⁵³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação N. 70.009.550.070, 7ª Câmara Cível, relª Desembargadora Maria Berenice Dias, j. 17-11-2004.

¹⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 618.

¹⁵⁵ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é instrumento típico do controle concentrado de constitucionalidade, o mencionado artifício pode ser utilizado para impugnar ou questionar de forma direta lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, bem como pode propiciar, a partir de casos concretos, a impugnação de lei ou ato normativo. A Lei n. 9.882/99 regula a forma pela qual é realizado o processo e o julgamento da ADPF, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

¹⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Rel. Ministro Carlos Brito, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe 13/10/2011.

violados: “o direito à isonomia, o direito à liberdade, desdobrado na autonomia da vontade, o princípio da segurança jurídica, para além do princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁵⁷.

Em suma, o pleito principal da ação era a aplicação analógica do art. 1.723, do Código Civil, às uniões homoafetivas, com base na denominada interpretação conforme a Constituição¹⁵⁸. Assim, a ação tinha como escopo requisitar ao Supremo Tribunal Federal que “interpretasse conforme a Constituição, o estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro e declare que as decisões judiciais denegatórias de equiparação jurídica das uniões homoafetivas às uniões estáveis afrontam direitos fundamentais”¹⁵⁹. Subsidiariamente, pedia-se que a ação em tela fosse recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade caso a referida Corte entendesse pelo seu descabimento, o que veio a se confirmar posteriormente¹⁶⁰.

Quanto a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 178¹⁶¹, esta foi proposta pela Procuradoria Geral da República, em 02.07.2009, sendo recepcionada pelo Presidente do Supremo à época Gilmar Mendes e convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277¹⁶². O principal objetivo da citada ação era que a Corte declarasse como “obrigatório o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, desde que preenchidos os mesmos requisitos necessários para a configuração da união estável entre

¹⁵⁷ CHAVES, Marianna. *União homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19274/uniao-homoafetiva-breves-notas-apos-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-pelo-stf>>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹⁵⁸ A interpretação conforme à constituição é uma das técnicas que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado quando do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, a mencionada técnica possibilita que “no caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a Constituição” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1.023). Ademais, acentue-se a discussão no tocante a esta ferramenta não se limitar a uma mera regra a ser observada, mas em sua essência ser um princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade. “Assim, a aplicação de tal princípio sofre algumas restrições, uma vez que ao declarar a inconstitucionalidade em tese, a Corte Constitucional atua como legislador negativo, todavia, não possui competência para elaborar norma de natureza diversa daquela instituída pelo Poder Legislativo”. Com efeito, na hipótese da interpretação se limitar à apenas uma única possível para propiciar a consonância da norma com a Constituição e, por via de consequência, esta interpretação estiver em sentido contrário ao que o Poder Legislativo almejou dar, entende o Ministro Moreira Alves que o princípio não deve ser aplicado. (PALU, Oswaldo Luiz Palu. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 187).

¹⁵⁹ CHAVES, Marianna. *União homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19274/uniao-homoafetiva-breves-notas-apos-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-pelo-stf>>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178, Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 08/07/2009, DJe 05/08/2009.

¹⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, Rel. Ministro Gilmar Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe 13/10/2011.

homem e mulher”¹⁶³, e que os demais deveres e direitos oriundos do vínculo da união estável aplicados aos companheiros fossem estendidos aos laços formados por casais homoafetivos.

No julgamento de ambas as ações, a Corte foi uníssona em reconhecer a necessidade de tutelar e garantir direitos a casais homoafetivos, elevando este relacionamento ao mesmo patamar das demais entidades familiares. Nesse particular, é importante ressaltar que:

Todos os 10 Ministros votantes no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro. Talvez nunca se tenha visto a Suprema Corte brasileira com um posicionamento tão homogêneo e consensual, ao menos no que diz respeito ao resultado, ao considerar que a união homoafetiva é, sim, um modelo familiar e a necessidade de repressão a todo e qualquer tipo de discriminação¹⁶⁴.

Quanto ao conteúdo dos votos, saliente-se ainda que:

Alguns votos possuíram como fundamentação a interpretação conforme à Constituição, de acordo com o pedido formulado nas petições iniciais de ambas as ações. Outros votos divergiram, apontando que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada união estável homoafetiva, mas ao revés, deveria ser considerada união homoafetiva estável. Ainda apontou-se que a constitucionalidade da união homoafetiva como entidade familiar possuía sustentáculo nos direitos fundamentais. Argumentou-se também no sentido de existir uma lacuna legislativa, que deveria ser suprida por meio da analogia com o instituto mais aproximado: a união estável e, por fim, ainda existiu entendimento de que se deveria aplicar extensivamente o regime jurídico da união estável. Todos os entendimentos, com a sua variedade de fundamentações, levaram a um mesmo resultado: a submissão da união homoafetiva ao regime jurídico da união estável¹⁶⁵.

Com efeito, o reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas pelo Supremo demonstra o quanto a Corte está atenta à evolução da sociedade, não há sentido em ignorar as novas formatações em que a entidade familiar está se revestindo e, sem dúvida alguma, engessar a forma pela qual a família irá se concretizar estará fadado à ineficácia da lei, pois, do mesmo modo que ocorreu com o concubinato, os clamores sociais tendem a aumentar e, novamente, pretensões serão levadas ao Poder Judiciário em busca de soluções.

¹⁶³ CHAVES, Marianna. *União homoafetiva*: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19274/uniao-homoafetiva-breves-notas-apos-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-pelo-stf>>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Idem.

2.3.2.2 Notoriedade

O artigo 1.723, do Código Civil, fala em convivência pública como pressuposto para configuração da união estável. Destarte, a convivência não pode se dar sobre as sombras da clandestinidade, sob pena da ausência de reconhecimento estatal e, por consequência, não constituir união estável. Com efeito, é necessário, por isso, “a notoriedade ou publicidade no relacionamento amoroso, ou seja, que os companheiros apresentem-se à coletividade como se fossem marido e mulher (*more uxorio*)”¹⁶⁶.

Para Maria Berenice Dias, há de se observar que “apesar de a lei ter usado o vocábulo **público** como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos de sua significação semântica”¹⁶⁷. Maria Berenice Dias prossegue alertando que “o que a lei exige, com certeza, é a **notoriedade**”¹⁶⁸, concluindo que existe diferença de grau entre os termos público e notório, salientando, nesse sentido, que:

[...] tudo aquilo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público. A **publicidade** denota a notoriedade da relação no meio social frequentado pelos companheiros, objetivando afastar da definição da entidade familiar as relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de “como se casados fossem”¹⁶⁹.

Ora, há de se convir que a união estável é um fato social e, como um fato social, este vínculo afetivo “é tão exposto ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços”¹⁷⁰, sendo percebidos por aquela comunidade “como se casados fossem”¹⁷¹.

2.3.2.3 Estabilidade ou Duração Prolongada

O requisito em tela pressupõe que o relacionamento deve perdurar por um interstício mínimo no tempo, não devendo ser algo efêmero, um relacionamento passageiro. Tendo em vista que a união é estável, percebe-se a necessidade de uma manutenção para que venha existir juridicamente.

¹⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 618-619.

¹⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 173, (negrito no original).

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 173, (negrito no original)

¹⁶⁹ *Idem*, p. 173, negrito no original.

¹⁷⁰ GONÇALVES, o. cit., p. 619

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 619.

No entanto, não é recente a divergência doutrinária e jurisprudencial do que vem a ser reconhecido como estável. A discussão já foi parcialmente discutida em momento anterior desta monografia, porém, reiterando os fundamentos da discussão faz-se necessário reascender o estudo da matéria, tendo em vista o pressuposto elencado no art. 1.723, do Código Civil.

Inicialmente, cabe salientar que a Lei n. 8.971/94¹⁷², em seu artigo 1º, exigia o intervalo mínimo de 5 (cinco) anos para o reconhecimento da existência da união ou que desta surgisse prole, o que propiciava dificuldades no tocante a meação do patrimônio formado quando da extinção do relacionamento em um período inferior aos cinco anos, no caso em que o casal não tivesse filhos em comum.

Já a Lei n. 9.278/96¹⁷³ não exigiu qualquer lapso temporal para a configuração da união estável. Do mesmo modo, o Código Civil de 2002 não adotou qualquer intervalo temporal para a caracterização da união estável, apesar de constar, inicialmente, em seu Projeto de Lei, o intervalo de cinco anos para a constituição da união¹⁷⁴. Contudo, faz-se necessário levantar a seguinte consideração:

[...] o que não se marcou foi um prazo mínimo, um lapso de tempo rígido, a partir do qual se configuraria a união estável, no geral dos casos. Mas há um prazo implícito, sem dúvida, a ser verificado diante de cada situação concreta. Como poderá um relacionamento afetivo ser público, contínuo e duradouro se não for prolongado, se não tiver algum tempo, o tempo que seja razoável para indicar que está constituída uma entidade familiar?¹⁷⁵

Essa pergunta ecoou por diversos setores sociais, possuindo respostas diversas tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Parte da doutrina entende nada mais justo que exigir um prazo mínimo de convivência, sustentando, alguns juristas, um intervalo mínimo de dois anos para a constituição da união estável¹⁷⁶. Ao passo que, para outros não há nem mesmo em que se falar em um prazo mínimo, justificando que o relacionamento afetivo não pode ser engessado pelo mero querer do Estado, na medida em que o vínculo amoroso

¹⁷² BRASIL. *Lei Nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

¹⁷³ BRASIL. *Lei Nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 620.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 620.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 620.

pode subsistir por alguns meses ou mesmo anos, estando presentes todos os demais requisitos para a configuração da união estável¹⁷⁷.

Com efeito, a segunda corrente tende a demonstrar com maior eficácia a observância do princípio da afetividade como cerne das relações familiares, o principal elo que une o casal é o afeto, o interstício temporal não pode ser estabelecido de forma fixa para determinar a existência da união, não faz sentido descaracterizá-la em razão de ter ocorrido em um curto período de tempo na hipótese de estarem presentes os demais requisitos para constituição da união estável.

2.3.2.4 Continuidade

Da leitura do artigo 1.723, do Código Civil, fica explicitada a continuidade como requisito essencial para a caracterização da união estável. A priori, entende-se que “a união estável é um fato jurídico, uma conduta, um comportamento. A sua solidez é atestada pelo caráter contínuo do relacionamento”¹⁷⁸.

Com efeito, o relacionamento deve ser contínuo, porém, é natural ocorrer desavenças e desentendimentos entre os casais, seguidos, muitas vezes, de uma breve ruptura do relacionamento e posterior reconciliação. No entanto, a ruptura nem sempre será breve, podendo perdurar por um longo período o que pode provocar a efetiva quebra da vida em comum, rompendo o elo de uma união estável¹⁷⁹.

Nesse particular, cabe a seguinte ponderação:

Se já havia tempo suficiente para sua caracterização, a quebra da convivência será causa da dissolução, à semelhança do que se dá no casamento. Se não havia tempo bastante, que se pudesse qualificar como “duradouro”, então sequer estaria configurada a união estável, ficando na pendência de uma eventual reconciliação, com recontagem do tempo a partir do reinício da convivência, tanto para fins de duração como para sua futura continuidade”¹⁸⁰.

No caso, ficará a critério do juiz decidir a existência da ruptura da união ou não quando da análise do caso concreto, bem como, havendo reconciliação, se houve a

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 173.

¹⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 620-621.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 621

¹⁸⁰ OLIVEIRA, 2001 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 621.

ruptura ou não da união, considerando, ainda, os reflexos jurídicos da constituição ou inexistência da união estável tanto para os companheiros quanto para terceiros¹⁸¹.

2.3.2.5 Inexistência de Impedimentos Matrimoniais

A Constituição Federal alicerçou a união estável ao patamar de entidade familiar, deixando a cargo da legislação infraconstitucional a sua regulamentação. Por sua vez, o legislador infraconstitucional, ao dar efetividade ao comando constitucional, regulamentou o instituto da união estável à imagem e semelhança do casamento, determinou a observância do preenchimento de pressupostos para a sua constituição e impôs direitos e deveres aos companheiros¹⁸².

O § 1º do art. 1.723, do diploma em tela, impede a constituição da união estável se ocorrerem os impedimentos elencados no art. 1.521, excetuando-se o impedimento descrito no inciso VI que veda o casamento de pessoas casadas. Pela leitura do parágrafo em comento não podem constituir união estável¹⁸³:

[...] os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta, ou seja, sogro e nora, sogra e genro, padrasto e enteada, madrasta e enteado, observando-se que o vínculo de afinidade resulta tanto do casamento como da união estável, como dispõe o art. 1.595, *caput*; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, os colaterais até o terceiro grau inclusive, e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte¹⁸⁴.

Acentua Zeno Veloso que os impedimentos estabelecidos no art. 1.521, do Código Civil, também tem aplicação direta aos vínculos afetivos que possuem como fim a constituição de família por meio da união estável. Nesse sentido, salienta que:

Os impedimentos baseados no interesse público e com forte conteúdo moral, que representam um obstáculo para que uma pessoa constitua família pelo vínculo do casamento, são aplicáveis, também, para os que pretendem estabelecer família pela união estável. Quem não tem legitimação para casar não tem legitimação para criar entidade familiar pela convivência, ainda que observe os requisitos do *caput* do art. 1.723 do Código Civil¹⁸⁵.

¹⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 621.

¹⁸² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

¹⁸³ GONÇALVES, op. cit., p. 622.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 622.

¹⁸⁵ VELOSO, 2002 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 622.

Em que pese à observância dos impedimentos arrolados no art. 1.521, do Código Civil, para a configuração da união estável, não é razoável¹⁸⁶ sustentá-la como único fundamento para não reconhecer a união estável que, de fato, sempre existiu.

Ora, utilizar os impedimentos do instituto do casamento como mecanismo suficiente para apagar do mundo jurídico os seus efeitos, bem como da realidade social vínculos afetivos que transparecem em tudo uniões estáveis, talvez não seja a solução mais razoável. Nesse sentido, parece que o legislador não percebe que o casamento depende da permissão estatal para existir. “Quando a lei diz *não podem casar*, há como tornar obrigatório tal comando: simplesmente deixa de celebrar o casamento”¹⁸⁷, enquanto que a união estável deriva de um fato social, manifestando-se a partir da manifestação de vontade do casal.

Dessa forma, em relação ao casamento, para ter validade, necessariamente, há de se observar todas as formalidades para que venha a ser celebrado, sob pena de ser considerado nulo. Ademais, não é só anulado o matrimônio, os efeitos da sentença retroagem à data da celebração, e o enlace simplesmente desaparece do panorama jurídico como se nunca tivesse existido¹⁸⁸.

Nesse particular, Paulo Lôbo acentua que:

As causas de invalidade do casamento (nulidade e anulabilidade) não podem ser aplicáveis à união estável, porque esta, diferentemente daquele, não é ato jurídico. No plano da validade apenas estão submetidos os atos jurídicos, mas não os fatos jurídicos em sentido estrito ou os atos-jurídicos, nestes últimos enquadrando-se a união estável. Portanto, a união existe juridicamente ou não existe, produz efeitos ou não os produz; mas não é válida ou inválida. Para o casamento a incidência de impedimentos leva à

¹⁸⁶ O razoável remete a ideia de “uma margem de apreciação admissível e ao que, indo além dos limites permitidos, parece socialmente inaceitável” (PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 436). Assim, “todo direito, todo poder legalmente protegido é concedido com vistas a certa finalidade: o detentor desse direito tem um poder de apreciação quanto ao modo que exerce. Mas nenhum direito pode ser exercido de uma forma desarrazoada, pois o que é desarrazoado não é de direito”. (PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 437)

Nesse sentido, o razoável não se limita a uma única solução, ao contrário, impele uma gama de soluções possíveis, no entanto, existe um limite do que é tolerado, ou seja, “é o desarrazoado que não é aceitável” (PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 429).

Chaim Perelman salienta, ainda, que “toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de uma forma desarrazoada” (PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 429). o cerne da questão deriva do fato de que “em um Estado de direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto inaceitável” (PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 429).

¹⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 176-177.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 177.

nulidade (art. 1.548); para a união estável, à inexistência (art. 1.723, § 1º, que alude a “não se constituirá”). Nessa hipótese, pede-se judicialmente a declaração da inexistência da relação jurídica de união estável. Consequentemente, as hipóteses de anulação do casamento (art. 1.550) não podem ser aplicáveis à união estável, pois dizem respeito à celebração do ato, inexistente na segunda.¹⁸⁹

Considerando a crítica apresentada pelo referido autor, percebe-se que para a união estável, no entanto, não basta o mero desiderato do Estado para fazer desaparecer a união. Apesar da proibição legal, “se ainda assim a relação se constitui, não é possível dizer que ela não existe”¹⁹⁰. Nesse sentido, cabe registrar que:

O Estado não tem meios de, por exemplo, impedir o estabelecimento de **uniões incestuosas** entre pai e filha ou entre dois irmãos, por mais repulsivas que sejam essas hipóteses. Da mesma maneira, apesar das proibições legais, não há como impedir a união estável entre sogro e nora, entre o companheiro e a filha da ex-companheira; entre o adotante e o cônjuge do adotado; ou ainda, entre a viúva e o assassino de seu cônjuge. Tais relações estão sujeitas à reprovação social e legal, mas nem por isso há algum meio capaz de coibir sua formação. Como existem, não há como simplesmente ignorá-las¹⁹¹.

De fato, ignorar a existência dessas uniões jamais será uma solução razoável, pois, apesar da ausência de reconhecimento jurídico, esses relacionamentos permanecerão a existir em nossa sociedade e, por consequência, demandas continuarão a bater às portas do Judiciário esperando respostas. Assim, é simples deduzir que considerá-las invisíveis e não reconhecê-las juridicamente enseja, apenas, um meio de retardar um posicionamento do Estado quanto à tutela que as referidas uniões necessitam.

Nesse contexto, aflora-se um questionamento muito importante a se fazer quando da extinção da união estável, qual seja, “o que fazer diante de vínculo de convivência constituído independentemente da proibição legal, e que persistiu por muitos anos, de forma pública, contínua, duradoura e, muitas vezes, com filhos”¹⁹²? Maria Berenice Dias acentua que “negar-lhe a existência, sob fundamento de ausência do objetivo de constituir família em face do impedimento é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal”¹⁹³.

¹⁸⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 175

¹⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 176.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 176, negrito no original.

¹⁹² *Idem*, p. 176.

¹⁹³ *Idem*, p. 176.

Ademais, Maria Berenice Dias prossegue evidenciando o posicionamento compartilhado por esta monografia, salientado, assim, os efeitos desastrosos que a ausência do reconhecimento estatal proporciona às uniões constituídas sem observar os impedimentos prescritos em nosso ordenamento jurídico. Eis o seu argumento:

Negar-lhe existência, sob o fundamento de ausência do objetivo de constituir família em face do impedimento é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera **irresponsabilidades** e enseja o **enriquecimento ilícito** de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso: nega divisão de patrimônio, desonera de obrigação alimentar, exclui direito sucessório. Com isso, nada mais se estará fazendo do que incentivar o surgimento desse tipo de união. Estar à margem do direito traz benefícios, pois não impõe nenhuma obrigação. Quem vive com alguém por muitos anos necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, àquele que vive do modo a lei desaprova, simplesmente, não advém qualquer responsabilidade, encargo ou ônus. Quem assim age, em vez de ser punido, sai privilegiado. Não sofre qualquer sanção e acaba sendo premiado¹⁹⁴.

De toda sorte, independentemente da existência ou não de impedimentos à sua constituição, entidades familiares que se originam sem seguir o modelo oficial fazem *jus* a proteção do Estado como núcleo integrante da sociedade. A união estável foi formada, “ainda que seus membros tenham desobedecido às restrições legais”¹⁹⁵. Euclides da Cunha afirma que “não podem ser ignorados os efeitos dessa convivência no âmbito interno do grupo e também no plano externo, por seu indisfarçável reflexo social”¹⁹⁶.

Com efeito, ante a essa realidade é necessário que o Estado adote mecanismos que reprimam a prática dessas condutas, aplicando penalidades àqueles que se afastam do direito posto. Porém, “afirmar a inexistência da entidade familiar é, muitas vezes, castigar quem nem sabia da reprovabilidade de tal agir, ou até submeteu-se a uma situação que lhe foi imposta”¹⁹⁷.

Maria Berenice Dias apresenta a seguinte crítica:

A postura omissiva, a negativa de extrair efeitos jurídicos de situação existente não é a solução mais adequada para atender aos mais elementares princípios da justiça e da **ética**. O casamento, embora nulo, mas realizado de **boa-fé**, produz todos os efeitos jurídicos até que seja desconstituído (CC

¹⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 176, negrito no original.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 176.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 176.

¹⁹⁷ Ibidem., p. 176.

1.561). No mínimo, em se tratando de união estável que afronta aos impedimentos legais, há que se invocar o mesmo princípio e reconhecer a existência de uma **união estável putativa**. Estando um ou ambos conviventes de boa-fé, é mister atribuir efeitos à união, tal como ocorre no casamento putativo¹⁹⁸.

Ressalte-se que o artigo 1523, do Código Civil, elenca causas suspensivas para o casamento, as quais não são aplicadas à união estável. Por consequência, não há idade mínima para que o casal inicie a união estável¹⁹⁹.

2.3.2.6 Relação Monogâmica

A doutrina majoritária admite que similarmente ao que ocorre nas relações conjugais o vínculo formado entre os companheiros deve ser único, adotando como premissa o caráter monogâmico da relação. Em nosso ordenamento jurídico não se permite que pessoa “casada, não separada de fato, constitua união estável. A referência aos integrantes da união estável, tanto na Constituição Federal como no novo Código Civil, é feita sempre no singular”²⁰⁰.

Nesse contexto, Euclides da Cunha sustenta que relações de convivência amorosas constituídas fora do modelo previsto para o casamento ou da união estável caracterizam-se como proibidas, uma vez que seria adúltera, no primeiro caso, e desleal no segundo²⁰¹.

Ora, se por um lado parte da doutrina posiciona-se sustentando a impossibilidade de reconhecimento de uniões estáveis paralelas, em virtude do caráter monogâmico da relação, por outro lado, admite-se, no entanto, a possibilidade de uniões estáveis sucessivas, considerando que “uma pessoa pode conviver, com observância dos requisitos do art. 1.723, *caput*, do Código Civil, em épocas diversas com pessoas diversas”²⁰².

Contudo, aflora-se uma questão relevante quando da análise dessas relações afetivas, admitindo-se como premissa o caráter monogâmico da relação amorosa, o que fazer quando um dos envolvidos na aludida relação está de boa fé e ignora a condição do

¹⁹⁸ Idem, p. 177, negrito no original.

¹⁹⁹ Idem, p. 177.

²⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011., p. 623.

²⁰¹ OLIVEIRA apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 623. No tocante as características da lealdade, bem como outras especificidades que permeiam este relevante elemento, serão apresentadas quando discorrido os deveres e lealdade derivados da união estável, evidenciado na página 46 e seguintes.

²⁰² Ibidem, p. 623.

companheiro remanescente que possui, concomitantemente, união estável com a primeira relação ou está casado com outra pessoa?

Em um primeiro momento, a solução encontrada por parte da doutrina reflete o entendimento de Paulo Lôbo, o qual salienta que:

Desde a Constituição de 1988 abriu-se controvérsia acerca da possibilidade jurídica de uniões estáveis paralelas, tendo em vista a inexistência de regra expressa a respeito na legislação, inclusive no Código Civil de 2002. Entendemos não ser possível, porque a união estável é relação jurídica *more uxorio*, derivada de convivência geradora de estado de casado, o qual, conseqüentemente, tem como referência o casamento, que no direito brasileiro é uno e monogâmico. Considerando a comprovação do início de cada qual, o segundo relacionamento não constitui união estável, mas entidade monoparental em face do segundo parceiro e dos seus filhos, caso os haja. Se não houver filhos comuns, o segundo parceiro terá pretensão contra o primeiro no campo das relações patrimoniais, segundo o modelo do direito das obrigações, quanto à partilha dos bens adquiridos com esforço comum ou à indenização dos serviços prestados.

O supramencionado entendimento também adquiriu força e refletiu o posicionamento de diversos tribunais em estados distintos de nossa federação. Assim, estes tribunais não reconhecem a existência de uniões estáveis concomitantes ou união estável concomitante com o casamento, tendo em vista o caráter monogâmico que norteia a nossa legislação.

Por outro lado, parte da doutrina defende a possibilidade de se reconhecer uma união estável putativa, nos mesmos moldes do casamento putativo e com os efeitos jurídicos respectivos ao companheiro inocente, na hipótese da ignorância da relação paralela e simultânea e, ainda, estando na relação de boa fé²⁰³.

Nessa linha, além de Zeno Veloso, entende, também, Euclides da Cunha, o qual salienta “a possibilidade de existir uma segunda união de natureza putativa, como se dá no casamento, mesmo em casos de nulidade ou de anulação, quando haja boa-fé por parte de um ou de ambos os cônjuges, com reconhecimento de direitos”²⁰⁴, conforme positivado no art. 1.561, do Código Civil²⁰⁵.

²⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 623.

²⁰⁴ CUNHA, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 623-624.

²⁰⁵ BRASIL, *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil* Art. 1.561: “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”. Já o § 1º do artigo em tela prescreve que: “Se um

Conclui o citado autor que para caracterizar a união estável putativa, mister é que o partícipe da segunda união desconheça do vício de impedimento oriundo da relação anterior do seu companheiro, assim, para o companheiro de boa fé que ignorava a situação em tela permanecerão os direitos da união que em tudo se refletia como estável, na medida em que apresente os requisitos do art. 1.723, do Código Civil, até que seja reconhecida ou declarada a sua invalidade em razão da união anterior e que ainda permaneça²⁰⁶.

No tocante à jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem, reiteradamente, reconhecido a existência de uniões estáveis paralelas e concomitantes justificando que²⁰⁷:

[...] o Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, não obstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja ‘digna’ de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações²⁰⁸.

No entanto, ainda permanecem barreiras ao reconhecimento de uniões estáveis concomitantes quando as pretensões são apreciadas nos tribunais superiores. A título exemplificativo, cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal se manifestou contrariamente ao reconhecimento de união paralela no caso da família paralela constituída, pelo decurso de 37 anos, entre um homem e uma mulher, resultando deste relacionamento nove filhos. Interessante ressaltar também que o companheiro da relação retrocitada teve, ainda, onze filhos com a esposa, a qual convivia maritalmente. No caso, decidiu a aludida Corte que:

[...] não colhia a pretensão da primeira de receber metade da pensão por morte do citado Valdemar. Segundo o relator, Min. Marco Aurélio, a referida união afetiva não podia ser considerada merecedora da proteção do Estado, porque conflitava com o direito posto. O atual Código Civil, aduziu, “versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar núcleo familiar. Entretanto, na previsão, está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato.

dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão”.

²⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 177.

²⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 624.

²⁰⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação N° 70.010.787.398, 7ª Câmara Cível, Desembargadora Maria Berenice Dias, j. 27-4-2005. No mesmo sentido: Apelação N° 70.006.936.900, 8ª Câmara Cível, rel. Desembargador Rui Portanova, j. 13-11-2003. Também o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais proferiu decisão no mesmo sentido: Apelação N° 1.0017.05.016882-6/003, 5ª Câmara Cível, rel. Desembargadora Maria Elza, j. 20-11-2008.

A regra constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a esposa²⁰⁹.

Outrossim, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça indeferiu o pedido realizado pela concubina quanto ao reconhecimento do direito a perceber pensão por morte do segurado legalmente casado. A maioria, da referida Turma, julgou ser necessário reformar a decisão proferida no acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que entendeu dever a pensão ser rateada entre a viúva e a concubina, diante da demonstrada dependência econômica desta²¹⁰.

No mesmo sentido, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou improcedente a pretensão da concubina em caso similar ao supramencionado, afirmando que:

[...] emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente²¹¹

Em outro julgado percebe-se, mais uma vez, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em não se admitir a existência de uniões estáveis concomitantes. Eis o fundamento do julgado para indeferir o reconhecimento:

[...] mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo”. O Tribunal de origem admitiu a união estável putativa, “em que a companheira posterior desconheça a existência da união anterior²¹².

Por derradeiro, registre-se posicionamento diverso na doutrina quanto o pressuposto em comento, pois para alguns juristas como Maria Berenice Dias e Carlos Eduardo Pianovski, “a monogamia não é um princípio do direito estatal da família, mas uma

²⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 397.762-8-BA, 1ª TURMA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, j. 4-10-2005.

²¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 674.176, 6ª TURMA; Rel. vencido Ministro Nilson Naves, Rel. designado Ministro Hamilton Carvalhido, DJE, 31-8-2009.

²¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.157.273-RN, 3ª TURMA, Rel. Ministra Nancy Andrichi, DJE. 7-6-2010. No mesmo sentido veja o Recurso Especial n. 1.107.192-PR, proferido pela 3ª Turma e possuindo como relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI.

²¹² LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 175.

regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela prévia do Estado²¹³.

2. 4 Direitos e Deveres da União Estável

O sistema jurídico brasileiro manteve as especificidades da entidade familiar constituída em razão do casamento, bem como da união estável, mas, “aproximou as regras estruturais dos direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, e entre estes e seus filhos”²¹⁴, não remanescendo distinção alguma entre os vínculos paterno-filiais na família plasmada a partir de um relacionamento constituído pelo casamento ou derivada de uma união estável²¹⁵.

No tocante aos direitos pessoais dos companheiros, o art. 1.724, do Código Civil, aponta como direitos e deveres recíprocos a lealdade, respeito e assistência, prosseguindo com os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos. Nesse contexto, Paulo Lôbo salienta que:

No âmbito dos direitos pessoais, aplicam-se as mesmas regras sobre o poder familiar, a filiação, o reconhecimento dos filhos, a adoção e as demais relações de parentesco. O art. 1.724 do Código Civil especifica os deveres de guarda, educação e sustento dos filhos, que expressam o poder familiar regulado nos arts. 1.630 e seguintes e no art. 22 do ECA²¹⁶.

Analisando com mais atenção o artigo em tela, percebe-se que o legislador deu tratamento diverso aos companheiros quanto aos direitos e deveres exigidos entre eles em relação a entidade familiar oriunda do casamento, uma vez que para os consortes é exigido, além dos citados deveres, os de fidelidade recíproca e a de vida em comum no domicílio conjugal, conforme inteligência do art. 1.561, do Código Civil.

Paulo Lôbo justifica a atitude do legislador em razão da essência do instituto da união estável que tem como principal característica a ausência de formalidades para sua constituição ou dissolução. O aludido autor explica ainda que:

Os deveres de lealdade e respeito configuram obrigações naturais, pois são juridicamente inexigíveis, além de não consistirem em causas de dissolução. O conceito de lealdade não se confunde com o de fidelidade. A lealdade é respeito aos compromissos assumidos, radicando nos deveres morais de

²¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 52, Maria Berenice Dias.

²¹⁴ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 178.

²¹⁶ *Idem*, p. 178.

conduta. Fidelidade, no âmbito do direito de família, tem sentido estrito: é o impedimento de ter ou manter outra união familiar, em virtude do princípio da monogamia matrimonial²¹⁷.

Para Carlos Roberto Gonçalves, o “dever de fidelidade recíproca está implícito nos de lealdade e respeito. Embora o Código Civil não fale em adultério entre companheiros, a lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie”²¹⁸. O citado autor conclui que “o dispositivo em apreço exige que eles sejam leis”²¹⁹.

Por outro lado, tanto a jurisprudência quanto a doutrina divergem quando da aplicação do princípio monogâmico à união estável. Parte da doutrina e da jurisprudência, reverberam que em virtude do princípio monogâmico estar enraizado em nosso ordenamento jurídico não seria possível caracterizar a concomitância de uniões estáveis em face da questão da fidelidade, a qual não é elemento suficiente para afastar o caráter monogâmico da união estável²²⁰.

Nesse particular, ensina Guilherme Calmon Nogueira da Gama que:

[...] ao lado do casamento, o companheirismo também impõe o dever de fidelidade a ambos os partícipes, e não apenas a um deles, ante a regra constitucional já analisada. Tal conclusão se afigura coerente com os contornos traçados pela doutrina e pela jurisprudência na caracterização do companheirismo que, repita-se, deve ser o único vínculo que une o casal em perfeito clima de harmonia e estabilidade. Não haveria a configuração do companheirismo na hipótese de prática desleal perpetrada por um dos companheiros, mantendo conjunção carnal com terceiro, inexistindo a denominada *affectio maritalis* no caso específico”²²¹.

Contudo, Paulo Lôbo salienta que:

Diferentemente, decidiu a 3ª Turma do STJ (REsp 1157273), em caso envolvendo a pensão de servidor público, que, ao morrer, mantinha duas uniões estáveis com duas mulheres, sendo que tinha sido casado com a segunda, separado judicialmente e divorciado e, depois, voltado a se relacionar, mas mantendo a união com a primeira, com quem passou a viver após a separação judicial com a segunda. O tribunal de origem reconheceu a existência das duas uniões estáveis e determinou o rateio igualitário da pensão entre as duas companheiras. Mas o STJ reformou a decisão, entendendo que “uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a

²¹⁷ LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179.

²¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 625.

²¹⁹ Ibidem, 625.

²²⁰ LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179.

²²¹ GAMA, 2001 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 626.

monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade”²²².

O posicionamento dos tribunais superiores quando do apreço das questões envolvendo o reconhecimento da concomitância de uniões estáveis permanece no sentido de indeferi-los, quando muito reconhecendo a existência de uma sociedade de fato e aplicando-se a Súmula 380, como já discutido anteriormente.

Cabe registrar que em razão do caráter afetivo da relação, decisões emanadas com o intuito de desaparecer da realidade uma situação que perdurou por quase uma vida, sem dúvidas, não é razoável. O caráter principiológico que assume a monogamia em nosso ordenamento não reflete a verdadeira natureza que é construída a família, ou seja, a afetividade é o elo que une os seus membros. Ademais, a corrente apresentada por Maria Berenice Dias²²³ e compartilhada por diversos outros autores, apesar de minoritária, parece resplandecer a realidade social, a monogamia, nesse sentido, seria percebida como uma regra e não como um princípio. Do mesmo modo, a lealdade como um desdobramento da monogamia poderia ser afastada em primazia ao caráter afetivo da entidade familiar.

2.5 O Concubinato e a União Estável no Código Civil de 2002

A Constituição Federal ao reconhecer a união livre como entidade familiar, denominando-a união estável, não albergou, do mesmo modo, o vínculo afetivo revestido de natureza diversa daquela construída sobre o manto do matrimônio e não abrangida pela união livre, a qual não apresenta impedimentos para sua constituição, o que propiciou a permanência da figura do concubinato adulterino, “no qual se unificou a denominação concubinato, como tipo excludente e sem um estatuto legal próprio como a primeira”²²⁴. Difere uma da outra apenas que, em relação à primeira inexistem impedimentos para a constituição do casamento, já para segunda existe impedimento para casar, ressaltando-se hipótese do não divorciado separado de fato ou judicialmente²²⁵.

O art. 1727, do Código Civil, conceitua como concubinato “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”²²⁶. Percebe-se que não houve

²²² LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179.

²²³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

²²⁴ LÔBO, op. cit., p. 185.

²²⁵ *Ibidem*, p. 185.

²²⁶ BRASIL, 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 1.727: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

qualquer interesse do legislador em definir as consequências jurídicas desta relação. Paulo Lôbo conclui que “as relações não eventuais são as estáveis, o que a aproxima da união estável. Sua finalidade foi estremá-lo da união estável, ou seja, dizer que ao concubinato não incidem as normas àquela aplicáveis”²²⁷.

Mais uma vez a doutrina e a jurisprudência não possuem um posicionamento único acerca da natureza familiar do concubinato, similarmente ao que ocorreu à união estável. Com o advento do Código Civil, a maioria dos juristas entendia que não se tratava de entidade familiar, na medida em que acordavam em reconhecer o art. 1.727 como norma de exclusão. Ademais, quando o diploma em tela refere-se ao concubinato é para vedar-lhe direitos, como observado nos arts. 550²²⁸ e 1.642, V²²⁹ e 1801, III²³⁰.

Paulo Lôbo salienta que “até mesmo os tribunais mais atentos à evolução do direito de família negam ao concubinato o *status* de entidade familiar, quando se postula sua equiparação à união estável para incidência dos mesmos efeitos jurídicos”²³¹. Por via de consequência, a postura adotada pelos magistrados ante a negativa da citada equiparação é invocar a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, entendendo, mais uma vez, que a relação concubinária, em sentido estrito, possui natureza de relação meramente obrigacional, restando ao concubino prejudicado com o término da relação à meação dos bens que tenha efetivamente concorrido para sua aquisição, reconhecendo, assim, uma sociedade de fato ou nos casos em que não seja possível provar o esforço comum para a aquisição do patrimônio constituído, resta apenas à indenização pelos serviços prestados²³².

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não há um posicionamento único quanto ao reconhecimento do direito da concubina a receber indenização pelos serviços domésticos. A divergência se instaura principalmente em virtude da situação da concubina perante as demais entidades familiares, ou seja, a entidade familiar constituída em razão do

²²⁷ LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 185.

²²⁸ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 550: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”.

²²⁹ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1.642, V: “Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: [...] V: reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos.

²³⁰ LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 185-186. BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1.801: “Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários. [...] III: o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos”.

²³¹ Ibidem, p. 186.

²³² Idem, p. 186

casamento ou da união estável, uma vez que havendo a dissolução do casamento ou da união estável não há que se falar em indenização à mulher pelos serviços prestados, não havendo a possibilidade do reconhecimento do benefício em tela e ao contemplar à concubina com este benefício estaria concedendo primazia ao concubinato em detrimento das demais entidades familiares. Entende também a aludida Corte que a concessão da indenização pode causar riscos ao princípio da monogamia, uma vez que estaria protegendo à condição concubinária e estimulando o surgimento de novos vínculos²³³.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 39.762²³⁴, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria que o segundo relacionamento afetivo não se equipara à união estável, não constituindo família. É interessante salientar o caso, pois a ação tinha por objeto o rateio da pensão por morte entre a esposa do falecido e a sua concubina, com quem teve nove filhos. Entendeu o tribunal *a quo* que restou configurada a união estável entre a concubina e o falecido concomitantemente com a relação matrimonial, admitindo o rateio da citada pensão. No entanto, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pelo indeferimento do pedido, uma vez que não existe equiparação entre o instituto da união estável e o concubinato. Em certo momento do julgamento, levantou-se a questão da distinção entre compartilhar a vida, a qual caracterizaria a união estável, e compartilhar leito, que configuraria o concubinato, concluindo-se que no segundo caso haveria a impossibilidade da relação se converter em casamento²³⁵.

Registre-se que “o único voto divergente sustentou que a Constituição não faz distinção entre casais formais e informais: “à luz do direito constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico”²³⁶.

No entanto, quando o concubinato envolve a existência de prole comum, torna-se inevitável a discussão das consequências jurídicas oriundas da relação de família, pois a relação paterno-filial é idêntica em todos os sentidos às das outras entidades familiares. Nestes casos, entende a doutrina majoritária que iriam incidir as normas de direito obrigacional para regular a relação concubinária, ou seja, a partilha dos bens comuns seria

²³³ LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 186-187. Nesse sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 87265, Rel. Ministro William Patterson - Sexta Turma e Recurso Especial n. 988090, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, - Quarta Turma.

²³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário N. 397762, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11.09.2008.

²³⁵ LÔBO, op. cit., p. 187.

²³⁶ Ibidem, p. 187.

realizada, praticamente, da mesma forma do que ocorre com a partilha dos bens dos sócios de uma sociedade em comum e os alimentos devidos, na hipótese de se tratar de entidade familiar, ao valor de prestação de serviço²³⁷.

Sobre esse assunto, cabe registrar que:

Algumas decisões tem argumentado que não se trataria de monetarização do afeto, mas de aplicação dos princípios de solidariedade e de vedação do enriquecimento sem causa. Diz-se que “já que vem sendo rejeitada a concessão de alimentos, para evitar o enriquecimento injustificado do varão, e não permitir que se livre sem responsabilidade alguma, depois de anos de convívio, é ao menos de se lhe *impor* a obrigação de indenizar serviços domésticos”²³⁸. p. 187

A mencionada solução imposta por diversos juízos no sentido de obrigar a indenizar os serviços prestados pela concubina em virtude do fim do relacionamento, o que enseja ao não reconhecendo deste vínculo como entidade familiar, vem recebendo duras críticas da doutrina.

Ora, a indenização era um subterfúgio “utilizado pela jurisprudência quando as uniões extramatrimoniais não tinham assento legal nem eram merecedoras de tutela no âmbito do direito das famílias”²³⁹. Destarte, não era reconhecido o direito do concubino aos alimentos, mas “fazia-se analogia com o **direito do trabalho** e indenizava-se o amor como se fosse prestação laboral. Transformou-se um tempo de amor em interregno de prestação de serviços²⁴⁰”.

Alguns doutrinadores, como Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo, entendem que não há mais sentido na aplicação desse expediente. Para Paulo Lôbo, a indenização em razão dos serviços prestados não é a solução mais razoável, pois:

[...] soa contraditório com a dignidade da pessoa humana que uma relação de natureza indiscutivelmente afetiva seja degradada à dimensão meramente patrimonial. O afeto, a intimidade e a vida privada são valores constitucionais (art. 5º, X, da Constituição), sociais e personalíssimos indisponíveis, inegociáveis e intransmissíveis, que não podem ser violados em razão do fato de um dos figurantes da relação ser casado²⁴¹.

²³⁷ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 187.

²³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 164.

²³⁹ *Ibidem*, p. 186-187.

²⁴⁰ MENEZES, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 187 **negrito no original**.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 187-188.

Complementa Maria Berenice Dias salientando que:

A partir do momento em que foi constitucionalizado o instituto como entidade familiar, há a imposição do dever de mútua assistência e é garantido o direito a alimentos, não se podendo mais falar em indenização por serviços prestados. Ao depois, como no casamento inexistente o direito a essa espécie de remuneração pelos anos dedicados à atividade doméstica, não cabe sua concessão em sede de união estável. Afinal, ambas são entidades de igual *status* e merecedoras da mesma tutela. Não se paga nem se compensa o grau de dedicação entre pessoas que se entregam a relacionamento amoroso, cada qual doando-se na medida da sua disponibilidade e com a intensidade do afeto que os vincula²⁴².

Contudo, a referida doutrinadora percebe que em razão da ausência do reconhecimento jurisprudencial no tocante a existência de famílias paralelas, excluindo-as da abrangência do direito das famílias, torna-se necessário garantir meios de proteger a vida e a subsistência de quem foi leal e desconhecia a existência de outro relacionamento. Ademais, ressalta que:

Como vem sendo rejeitada a concessão de alimentos, para evitar enriquecimento injustificado do varão, e não permitir que se livre sem responsabilidade alguma, impositivo, ao menos, impor-lhe a obrigação de **indenizar serviços domésticos**. Esse é o jeito de impedir que a companheira acabe sem meios de prover a própria subsistência, depois de anos de dedicação e convívio. Deve-lhe ser assegurado, no mínimo, direito indenizatório. Por mais que tal espécie de indenização tenha sido alvo de críticas pelo seu caráter aviltante, que ao menos a quem deu amor seja remunerado o seu labor. É a única saída, ainda que pouco digna. Chega de premiar os homens por sua infidelidade!²⁴³

De toda sorte, é nítido que o concubinato é uma questão complexa, tendo em vista o princípio da monogamia que permanece a nortear em vários aspectos o nosso ordenamento jurídico, o que torna uma tarefa difícil e, quase sempre, controvertida a manifestação do Judiciário quando do apreço de demandas que urgem por uma resposta as suas pretensões.

²⁴² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 187.

²⁴³ *Ibidem*, p. 187, negrito no original.

3 – A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES PARALELAS

3.1 Colisões de Princípios

O posicionamento majoritário tanto doutrinário quanto jurisprudencial é no sentido de não reconhecer a existência de uniões paralelas em virtude da primazia do princípio monogâmico em nosso ordenamento jurídico, como já exposto nesta monografia.

Nos tribunais superiores, o entendimento se plasma no mesmo sentido, considerando o caráter monogâmico da relação como elemento suficiente para indeferir a pretensão de companheiros que não se adaptam a esta realidade.

Contudo, o reconhecimento da repercussão geral no Agravo em Recurso Extraordinário n. 656298²⁴⁴ e, por consequência, a análise do mérito pelo Supremo, poderá ensejar um divisor de águas sobre as relações estáveis concomitantes, na medida em que uma nova perspectiva de entidade familiar pode ser contemplada, amoldando-se, mais uma vez, o conceito de família em face dessa nova configuração.

Nesse particular, cabe a discussão acerca da natureza da monogamia, tendo em vista que é o principal fundamento que impede o reconhecimento de uniões concomitantes. A discussão da lealdade estaria abrangida pela própria monogamia, uma vez que é um reflexo deste princípio. Ademais, é relevante perceber sob qual perspectiva o magistrado observa a natureza da monogamia, ou seja, trata-se realmente de um princípio ou é apenas uma regra, conforme explicitado por Maria Berenice Dias e, por consequência, quais são os reflexos jurídicos da adoção desta perspectiva.

Com efeito, se a monogamia é vista como regra não deveria prevalecer em detrimento de outros princípios fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana, ou mesmo ao da igualdade e o da não discriminação entre os sexos, conforme evidenciado no Recurso Extraordinário em tela, no qual o reclamante alega violação dos referidos princípios.

Porém, se a monogamia tem natureza de princípio, e havendo colisão aparente desta com os princípios supramencionados, ainda deveria prevalecer em detrimento

²⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário N. 656298, Rel. Ministro Ayres Brito, DJe. 02.05.2012.

dos demais? Considerando a peculiaridade da questão, mister diferenciar regra de princípio e, conseqüentemente, os reflexos da colisão entre regra e princípio e entre princípios.

A priori, cabe registrar que a discussão se restringirá à dignidade da pessoa humana e não ao princípio da afetividade em razão deste ser um princípio que deriva da própria dignidade da pessoa humana.

Robert Alexy salienta que a discussão sobre a diferença entre regras e princípios é de longa data e ainda permanece falta de clareza e polêmica sobre o tema, pois são adotados “uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, a delimitação em relação a outras coisas – como os valores - é obscura e a terminologia vacilante”²⁴⁵.

O mencionado autor prossegue afirmando que:

Com frequência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.²⁴⁶

Nesse contexto, pode-se suscitar que existem inúmeros critérios com o escopo de diferenciar regras de princípios. Robert Alexy afirma que possivelmente o mais utilizado seria o da generalidade. Por meio deste critério a distinção entre regras e princípios estaria no grau de generalidade, a primeira teria generalidade relativamente baixa, enquanto o segundo teria generalidade relativamente alta²⁴⁷.

O autor registra também a utilização de outros critérios como método de distinção entre regras e princípios, salientando que:

[...] Outros critérios discutidos são a “determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmo regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento²⁴⁸.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 87.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 87.

²⁴⁷ *Idem*, p. 87.

²⁴⁸ *Idem*, p. 88.

Ante a utilização dos critérios mencionados, surge a possibilidade de três teses completamente diferentes no tocante a distinção entre regras e princípios. A primeira afirma que:

[...] toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. Isso seria perceptível, por exemplo, na possibilidade de que os critérios expostos, dentre os quais alguns permitem apenas diferenciações gradativas, sejam combinados da maneira que desejar. Assim, não seria difícil imaginar uma norma que tenha um alto grau de generalidade, não seja aplicável de pronto, não tenha sido estabelecida expressamente, tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação íntima com a ideia de direito, seja importantíssima para a ordem jurídica, forneça razões para regras e possa ser usada como um critério para avaliação de argumentos jurídicos. Some-se a isso o fato de que, isoladamente considerados, aquilo que esses critérios distinguem é algo extremamente heterogêneo. Diante disso, é necessário atentar para as diversas convergências e diferenças, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas, algo que seria mais bem captado com a ajuda do conceito witt-gensteiniano de *semelhança de família* que por meio de uma divisão em duas classes.²⁴⁹

A segunda tese tem aceitação entre aqueles que, apesar de reconhecerem a possibilidade de que “as normas podem ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de *grau*”²⁵⁰.

Por sua vez, os defensores da terceira tese salientam que não há apenas uma distinção gradual, mas uma diferença de ordem *qualitativa*²⁵¹.

Segundo Robert Alexy, existe um critério que possibilita a distinção entre regras e princípios de forma precisa, porém, não se encontra nos critérios supramencionados, mas revela a maioria dos “critérios tradicionais nela contidos como típicos, ainda que não decisivos, dos princípios”²⁵². Eis o critério:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 89.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 90. Cabe registrar que, provavelmente, Alexy está se referindo a Dworkin, uma vez que este era adepto da referida corrente.

²⁵¹ *Idem*, p. 90.

²⁵² *Idem*, p. 90.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio²⁵³.

Desta feita, a monogamia tem natureza de regra ou princípio? Considerando o posicionamento jurisprudencial atual e da doutrina majoritária, a monogamia tem natureza de princípio, conforme explicitado na Ementa abaixo:

UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALIMENTOS. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. DESCABIMENTO. 1. A **monogamia constitui princípio** que informa o direito matrimonial, não se podendo reconhecer a constituição de uma união estável quando a pessoa for casada e mantiver vida conjugal com a esposa. 2. Constituiu concubinato adúlterino a relação entretida pelo recorrido e pela autora, pois ele não apenas era casado, mas mantinha vida conjugal com a esposa. Inteligência do art. 1.727 do Código Civil. 3. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. 4. Indemonstrada a existência de uma união estável, inexistente título capaz de albergar o pleito alimentar. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70047104138, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/06/2012).²⁵⁴

Assim, partindo da premissa que a monogamia é um princípio do Direito de Família pátrio, havendo colisão entre princípios qual deve prevalecer? Robert Alexy salienta que a solução quando da colisão entre princípios é totalmente diversa do que ocorre quando um conflito entre regras²⁵⁵.

Nessa seara, na hipótese de dois princípios colidirem aparentemente, um deles deverá ceder em relação ao outro. Todavia, não há em que se falar que o princípio que cede deve ser declarado inválido ou que haja a introdução de uma cláusula de exceção²⁵⁶. De forma mais clara, Robert Alexy ensina que:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre

²⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 90.

²⁵⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70047104138, Sétima Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/06/2012.

²⁵⁵ ALEXY, op. cit., p. 93.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 93.

princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso²⁵⁷.

Dessa feita, utilizando esse mecanismo para solucionar o problema haveria a necessidade de se ponderar acerca de um sopesamento entre os princípios da dignidade da pessoa humana e o da monogamia, bem como dos demais princípios em colisão com a monogamia.

A título exemplificativo, registre-se, também, que Robert Alexy evidencia uma fórmula para solucionar o conflito entre princípios, considerando o sopesamento de ambos os princípios e qual deve, em tese, preceder o outro:

Se o princípio P^1 tem precedência em face do princípio P^2 sob as condições C : $(P^1PP^2) C$, e se do princípio P^1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ ²⁵⁸

Onde P^1 e P^2 são os princípios colidentes, P “é o símbolo para a relação de precedência condicionada”²⁵⁹, C é utilizado “para as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro e R significa”²⁶⁰.

Robert Alexy salienta que a fórmula supramencionada pode ser entendida de uma maneira menos técnica da seguinte forma: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”²⁶¹.

A fórmula em comento foi denominada como “lei de colisão”, sendo um dos fundamentos da teoria dos princípios defendida por Robert Alexy em sua obra.

De toda sorte, antes de apresentar uma resposta, mister discorrer sobre a questão da dignidade da pessoa humana em virtude de sua relevância e a fragilidade pela qual é apresentada tanto na doutrina quanto na jurisprudência no que tange a um conceito concreto ou, ao menos, os seus contornos aceitos de uma forma plausível.

Alcançar um significado satisfatório que reflita efetivamente à dignidade da pessoa humana, nos dias atuais, é uma tarefa muito complexa e difícil de ser alcançada. A

²⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 93-94.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 99.

²⁵⁹ *Idem*, p. 96.

²⁶⁰ *Idem*, p. 96-97.

²⁶¹ *Idem*, p. 99.

doutrina acentua exaustivamente que a referida dificuldade decorre da fragilidade e imprecisão dos contornos evidenciados na tentativa conceitual, explicitado pela ambiguidade, bem assim pela natureza polissêmica.²⁶²

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, um dos principais pontos de conflito para conceituar de forma plena o princípio em tela, decorre das especificidades que permeiam a essência da dignidade da pessoa humana²⁶³. Ademais, para demonstrar com mais nitidez a sua percepção, o doutrinador, recorre à lição de Michael Sachs, afirmando, assim, que:

[...] uma das principais dificuldades, todavia, [...] reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade,²⁶⁴ na sua condição jurídico normativa²⁶⁵.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência têm procurado construir uma noção jurídica de dignidade, delimitando alguns contornos que propiciam os alicerces do conceito e concretizam o seu conteúdo²⁶⁶, considerando, ainda, que não se possa falar, de uma “definição genérica e abstrata consensualmente aceita, isto sem falar no ceticismo manifesto de alguns no que diz respeito com a própria possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade”²⁶⁷.

De toda sorte, admite-se que o conceito da dignidade da pessoa humana não pode se dar de forma estática, uma vez que, caso ocorra uma conceituação nesse sentido, não iria se “harmonizar com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 39.

²⁶³ Ibidem, p. 40.

²⁶⁴ SACHS, 2000 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 40.

²⁶⁵ Ibidem, p. 40.

²⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 40.

²⁶⁷ Ibidem, p. 40.

sociedades democráticas contemporâneas”²⁶⁸, razão por que evidencia-se o caráter dinâmico do conceito em comento, o qual se “encontra em constante construção e desenvolvimento”²⁶⁹.

Nesse particular, cumpre registrar que:

[...] a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. [...] houve até mesmo quem afirmasse que a dignidade representa “o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível”²⁷⁰, [...]”²⁷¹.

Observa-se que parte da doutrina evidencia como ponto central, no que concerne a noção de dignidade da pessoa humana, a questão da autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa. A autonomia é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz²⁷².

Registre-se que, por outro lado, a dignidade da pessoa não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente a natureza humana, isto é, na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente²⁷³.

Importante ressaltar a lição de Dieter Grimm sobre o tema, a qual evidencia que a dignidade, enquanto valor intrínseco do ser humano, propicia para o indivíduo o direito “de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 41.

²⁶⁹ Ibidem, p. 41.

²⁷⁰ LOUREIRO, 2000 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 41-42.

²⁷¹ Ibidem, p. 42.

²⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 45.

²⁷³ Ibidem, p. 46.

esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana”²⁷⁴.

De toda sorte, tendo em vista que a discussão mais profunda sobre o tema não é o objetivo da presente monografia, mas remanesce a necessidade de se evidenciar, pelo menos, os contornos da dignidade da pessoa humana para a resolução da colisão aparente dos princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio monogâmico, então, registre-se o posicionamento adotado por Ingo Wolfgang Sarlet sobre o tema, o qual utiliza como ponto de partida a fórmula confeccionada por Durig:

[...] a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos²⁷⁵.

O uso da referida fórmula não garante uma solução perfeita para o problema, uma vez que não explicita o que deve ser protegido, mas propicia a verificação por meio das peculiaridades que permeiam o caso concreto, “da existência de uma efetiva violação da dignidade da pessoa humana, fornecendo, ao menos, um caminho a ser trilhado”²⁷⁶.

De toda forma, cumpre registrar a conclusão de Ingo Wolfgang Sarlet sobre a dignidade da pessoa humana:

[...]o que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.[...]”²⁷⁷

Por derradeiro, o mencionado autor constrói a sua própria tentativa de conceituação do tema em tela. Eis o conceito do autor:

²⁷⁴ GRIMM, apud KOPPERNOCK, apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 58.

²⁷⁵ DURIG, apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 58.

²⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 58.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 59.

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*²⁷⁸.

Considerando o conceito supra como o conceito norteador desta monografia no que tange à percepção de dignidade da pessoa humana, faz-se necessário, agora, esclarecer a situação pela qual o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se em nosso ordenamento jurídico pátrio, na medida em que o intuito da discussão até o momento é erigir uma solução plausível para a questão da colisão aparente do princípio da dignidade da pessoa humana e a monogamia, utilizando-se, para tanto, a ferramenta apresentada por Alexy para apresentar uma resposta.

A priori, destaque-se que:

[...] o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição Formal e Material[...].

Com efeito, não é necessário muito esforço para perceber o elevado relevo em que está assentado o princípio da dignidade da pessoa humana em face das demais normas do ordenamento pátrio. A previsão da dignidade da pessoa humana não se restringe ao art. 1º, III, da Constituição Federal, vista também no art. 170, *caput*, art. 226, § 6º e o art. 227, *caput*. Este princípio é o fundamento de nosso Estado Democrático de Direito²⁷⁹.

Assim, quanto à questão do sopesamento entre os princípios, registre-se a especial natureza da dignidade da pessoa humana em face de qualquer outro princípio do ordenamento jurídico pátrio:

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada,

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.59-60, itálico no original.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 62.

em sua plenitude, de *status* constitucionalmente formal e material e, como tal, inequivocamente carregada de eficácia, alcançando, portanto – tal como sinalou Brenda – a condição de valor jurídico fundamental da comunidade²⁸⁰. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui – de acordo com a preciosa lição de Judith Martins-Costa, autêntico “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”²⁸¹, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa (*hochstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*).

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal percebe o princípio em tela de maneira totalmente distinta aos demais princípios, possuindo um relevo de importância e hierarquia superior a todos eles.

Nesse sentido, registre-se o posicionamento assentado no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário n. 477.554 que versava sobre o reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

[...] reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria CR (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. (...) **O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.** (...) O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua

²⁸⁰ BENDA, apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 70.

²⁸¹ COSTA, apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 70.

própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia--força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.²⁸²

Na mesma linha, evidenciou-se no julgamento do Habeas Corpus n. 85.237, de relatoria do Ministro Celso de Mello que:

A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da **dignidade da pessoa humana**, que **representa** – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – **significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor--fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.**²⁸³

Percebe-se, de tal sorte, a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana em nossa ordem jurídica, como vetor da nossa Constituição e elemento essencial a ser observado por nossos magistrados.

Cumpra registrar que a dignidade da pessoa humana, da forma em que foi positivada em nossa constituição, pode assumir também a feição de regra jurídica. Nesse sentido, salienta Ingo Wolfgang Sarlet:

Na sua perspectiva principiológica, a dignidade atua como um mandado de otimização ordenando algo (no caso a proteção e a promoção da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contém prescrições imperativas de conduta, sem que se vá aqui adentrar o mérito das demais distinções[...]²⁸⁴.

No tocante a dupla estrutura da dignidade da pessoa humana, Alexy acentua que:

²⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário N° 477.554, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011 (grifo nosso). No mesmo sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 132, Rel. Ministro AYRES BRITTO, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011.

²⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus N° 85.237, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgamento em 17-3-2005, Plenário, DJ de 29-4-2005 (grifo nosso). No mesmo sentido: Habeas Corpus N° 98.621, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento em 23-3-2010, Primeira Turma, DJE de 23-4-2010; Habeas Corpus N° 95.634, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgamento em 2-6-2009, Segunda Turma, DJE de 19-6-2009; Habeas Corpus N° 95.492, Rel. MIN. CEZAR PELUSO, julgamento em 10-3-2009, Segunda Turma, DJE de 8-5-2009.

²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 72.

[...] o conteúdo da regra da dignidade da pessoa decorre apenas a partir do processo de ponderação que se opera no nível do princípio da dignidade, quando cotejado com outros princípios, de tal sorte que absoluta é a regra (à qual, nesta dimensão, se poderá aplicar a lógica do “tudo ou nada”), mas jamais o princípio²⁸⁵.

Ressalte-se o posicionamento de Ferreira dos Santos, o qual diverge totalmente de Alexy, para o jurista “a dignidade da pessoa humana constitui feições absolutas, razão pela qual sempre e em todos os casos haverá de prevalecer em relação aos demais princípios”²⁸⁶. Nesse sentido, registre-se a divergência apontada sobre o tema na doutrina germânica:

[...] a norma consagradora da dignidade da pessoa humana revela uma diferença estrutural em relação às normas de direitos fundamentais, justamente pelo fato de não admitir uma ponderação no sentido de uma colisão de princípios, já que a ponderação acaba remetida à esfera da definição do conteúdo da dignidade²⁸⁷.

A priori, sem adentrar na discussão, “o reconhecimento de um princípio absoluto contradiz a própria noção de princípios”²⁸⁸, conforme entendimento assentado pelo próprio Alexy. Com efeito, a prática demonstra que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser aplicado em diferentes graus, “isto sem falar da necessidade de se resolver eventuais tensões entre a dignidade de diversas pessoas ou mesmo da possível existência de um conflito entre o direito à vida e à dignidade, envolvendo um mesmo sujeito de direitos”²⁸⁹.

Ademais, a noção da dignidade da pessoa humana se tratar de um princípio absoluto deriva tanto do fato de que coexistirem “duas espécies de normas da dignidade da pessoa (regra e princípio) quanto da circunstância de que existe uma série de condições nas quais o princípio da dignidade da pessoa humana, com elevada margem de certeza, assume precedência em face dos demais princípios”²⁹⁰.

De toda sorte, quanto a solução para a pergunta inicial, qual seja, havendo a colisão aparente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da monogamia, conclui-se que aquele possui um peso superior a este, razão pela qual deve preceder em face do princípio da monogamia, possibilitando, assim, uma resposta diferente da

²⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 108-109.

²⁸⁶ SANTOS, apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 73.

²⁸⁷ Ibidem, p. 73.

²⁸⁸ Idem, p. 73.

²⁸⁹ Idem, p. 73.

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 73-74.

comumente utilizada pela jurisprudência quando da análise do reconhecimento de uniões estáveis concomitantes, tendo em vista a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico.

Quanto à discussão da colisão dos princípios da igualdade e diversidade de sexo em face da monogamia, saliente-se que em virtude da natureza do princípio da dignidade da pessoa humana, os princípios em comento estariam abarcados em sua própria discussão, e, uma vez reconhecida a própria dignidade da pessoa humana, os demais princípios iriam ser reconhecidos por reflexo.

Ou seja, se a questão do reconhecimento da união estável concomitante se limitar à apenas a restrição apresentada pelo caráter monogâmico do Direito de Família pátrio, conclui-se pela possibilidade do reconhecimento, uma vez que a dignidade da pessoa humana deverá preceder em face da monogamia.

De toda sorte, apesar de relevante a discussão, percebe-se que a dignidade da pessoa humana possui um maior peso quando comparado ao princípio da monogamia, fato que possibilita que havendo a colisão aparente entre eles o princípio da dignidade preceda em face da monogamia, o que enseja a possibilidade de novas configurações na estrutura familiar.

3.2 Uma Discussão acerca das Uniões Paralelas e o Supremo Tribunal Federal

Até o presente momento, discorreu-se sobre o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do instituto do concubinato, ato contínuo, discorreu-se acerca dos efeitos e consequências jurídicas de sua nova perspectiva sob a denominação de união estável, alavancada ao *status* de entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, os problemas que permearam o instituto em virtude da lacuna na legislação até o ano de 1994 e os primeiros traços delineados pelo legislador infraconstitucional com o escopo de demonstrar a sua caracterização por meio do advento da lei n. 8.971/94.

Posteriormente, novos traços foram apresentados pela Lei n. 9.278/96, os quais foram delineados novamente por meio do Código Civil de 2002 e as consequências jurídicas derivadas do reconhecimento da constituição, bem como do seu indeferimento, principalmente em face da revitalização e aplicação reiterada da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, como já reiterado, ignorar a existência dessas relações não é o mecanismo mais adequado para solucionar o problema. Tentar marginalizá-las apenas irá fomentar a busca insaciável dos membros desses vínculos afetivos pelo reconhecimento estatal deste novo modelo familiar. Com efeito, o Poder Judiciário não pode se eximir de apresentar uma resposta, independentemente das lacunas na lei.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, enquanto instância máxima do Poder Judiciário, possui importância capital para solucionar a questão em tela, ou seja, apresentar uma resposta, seja positiva ou negativa, no tocante ao reconhecimento da possibilidade de uniões estáveis concomitantes, bem assim os efeitos jurídicos que, de fato, não devem se restringir à, apenas, esfera patrimonial, considerando a natureza peculiar da relação afetiva.

Atualmente, há uma grande expectativa sobre qual posicionamento irá prevalecer no Supremo Tribunal Federal com o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 656298, uma vez que se trata do reconhecimento de direitos oriundos de um relacionamento estável concomitante. Ademais, o caso tem relevância significativa, pois poderá se tornar o divisor de águas do que até agora o Supremo vem consolidando como uma mera sociedade de fato e se transformar em entidade familiar, possuindo reflexos em quase todo o sistema jurídico brasileiro no que tange à abrangência do instituto familiar. Eis a ementa em questão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS DISCUTIDAS. Possuem repercussão geral as questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável homoafetiva e à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes²⁹¹.

Por sua significância e seu caráter especial, mister salientar o cenário pelo qual foi constituído o *leading case* que, por consequência, tornou-se o paradigma pelo qual buscou-se o reconhecimento da presença da repercussão geral no caso em comento.

No caso em tela, o reclamante ajuizou ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato em desfavor da filha de seu ex-companheiro, menor impúbere, representada por sua genitora, com o escopo de ser reconhecido o direito de rateio da pensão

²⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n. 656298 . Rel. Ministro AYRES BRITTO, Publicado em 02.05.2012.

por morte do *de cujus*, com o qual manteve um relacionamento amoroso pelo período de doze anos, referente aos anos de 1990 a 2002, extinguindo-se em virtude do falecimento do mesmo²⁹².

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido da exordial, afirmando que:

[...] face às razões explicitadas, julgo PROCEDENTE O PEDIDO autoral para reconhecer a Sociedade de Fato havida entre Cosme Leite Santos e Cosme de Santana, reconhecendo, ainda, o direito do Autor, na condição similar ao de companheiro, ao benefício previdenciário havido em virtude do falecimento do Sr. Cosme de Santana e, como consequência, extingo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I do Código de Processo Civil. Face a gratuidade judiciária, sem custas e honorários advocatícios nos termos da Lei 1.060/50²⁹³.

Em face da decisão supra e insatisfeitas com o entendimento proferido pelo juízo monocrático, a apelante, representada por sua mãe, apelou ao Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. A apelação tinha como esteio a violação ao artigo 226, §3º, da Constituição Federal e ao art. 1723, §1º, do Código Civil, tendo em vista a lacuna legislativa no sentido do reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, bem como a existência da concomitância das uniões afetivas, uma vez que convivia em união estável com a genitora da reclamante pelo lapso que englobou todo o período que o de *cujus* manteve a união homoafetiva, motivo mais que suficiente, segundo a recorrente, para impedir o reconhecimento da união estável em comento. Eis a ementa da apelação:

APELAÇÃO CÍVEL - CONSTITUCIONAL, CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - RELAÇÃO HOMOAFETIVA - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO COM STATUS DE UNIÃO ESTÁVEL, INCLUSIVE PARA FINS DE RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO NOS ARTIGOS 226, §3º DA CF E 1723 DO CC - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - O JULGADOR NÃO PODE ESQUIVAR-SE DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL - AUTORIZADO, NESTE CASO, O EMPREGO DOS MÉTODOS INTEGRATIVOS DA LEI, INCLUSIVE DA ANALOGIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DA LICC - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS SEXOS - HIPÓTESE DIVERSA IMPEDE O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA COMO REQUERIDO PELO APELADO EXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO JUDICIAL DE UNIÃO ESTÁVEL HAVIDA ENTRE O DE CUJUS E A PRIMEIRA APELANTE EM PERÍODO CONCOMITANTE - CONCUBINATO DESLEAL INADMISSIBILIDADE PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO,

²⁹² BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Civil n. 5802/2010, Rel. Desembargadora SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA, 1ª Vara Civil de Socorro, Julgado em 22.03.2011.

²⁹³ Ibidem.

CUJO SISTEMA NÃO ADMITE A COEXISTÊNCIA DE DUAS ENTIDADES FAMILIARES, COM CARACTERÍSTICAS DE PUBLICIDADE, CONTINUIDADE E DURABILIDADE VISANDO A CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA - ANALOGIA COM A BIGAMIA - PRECEDENTES DO STJ E DO TRIBUNAL DE MINAS GERAIS - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO VOTAÇÃO UNÂNIME²⁹⁴.

O recurso em tela foi conhecido e provido de forma unânime no sentido do reconhecimento dos pedidos elencados pela apelante, reformando a decisão *a quo*. Com efeito, interessante destacar alguns pontos do Voto da Relatora, a Desembargadora Suzana Maria Carvalho Oliveira, que norteou a decisão do colegiado. Destarte, ao se manifestar salientou que:

[...] embora o magistrado a quo tenha concedido ao apelado direito à percepção da pensão deixada pela morte do seu suposto companheiro sob a roupagem de declaração da sociedade de fato, na realidade, conferiu idênticos efeitos do reconhecimento da união estável em decorrência da convivência alegada.

Em princípio, nada impediria tal solução, pois os dispositivos legais citados limitam-se a estabelecer a possibilidade de ocorrência de união estável entre homem e mulher, desde que preenchidas as exigências impostas pela lei, sem, contudo, vedar o reconhecimento da relação homoafetiva, analogicamente, como união estável, nos mesmos casos. Isto porque a existência de lacuna legislativa não permite ao julgador eximir-se da prestação jurisdicional, ao contrário, por força do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, (art. 5º, XXXV, CF/88), impele-o a aplicar os métodos de integração da lei, a exemplo da analogia, conforme também dicção do art. 4º da LICC, (Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito).

Conclusão diferente, inclusive, ensejaria violação aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Isonomia e da Não Discriminação Entre os Sexos. A esse respeito, precedentes do Superior Tribunal de Justiça²⁹⁵.

A relatora prossegue trazendo à colação diversos trechos de julgados que indeferiram o reconhecimento de uniões estáveis concomitantes para fundamentar o acolhimento da pretensão da parte apelante e reformar a decisão *a quo*. Por derradeiro, conclui que:

[...] tendo em vista a declaração judicial da união estável entre o falecido e a primeira apelante, Sra. Maria José de Oliveira Silva, não é possível o reconhecimento da relação homoafetiva, mesmo que sob a roupagem de sociedade de fato, como pleiteado, pois o ordenamento jurídico brasileiro, cujo sistema rege-se pelo princípio da monogamia, não admite a existência

²⁹⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Civil n. 5802/2010, Rel. Desembargadora Suzana Maria Carvalho Oliveira, 1ª Vara Civil de Socorro, Julgado em 22.03.2011.

²⁹⁵ Ibidem.

simultânea de mais de uma entidade familiar, nos moldes do art. 226, §3º da Constituição Federal e do art. 1723 do Código Civil.

Saliente-se que tais dispositivos conferiram à união estável status de casamento, quando acrescentaram aos requisitos já impostos, a exigência de que a finalidade da convivência tivesse como objetivo a constituição de família. Logo, reconhecer uniões estáveis concomitantes, seria, por analogia, contemplar o concubinato adúlterino simultaneamente ao casamento, resultando em bigamia. Ou seja, seria admitir a existência de mais de uma entidade familiar, isto é, mais de uma convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, o que não seria possível²⁹⁶.

Com a reforma da sentença a *quo*, o reclamante interpôs Recurso Extraordinário ao Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe pleiteando o reconhecimento da sociedade de fato e, preliminarmente, a repercussão geral da matéria. A Turma inadmitiu o Recurso e negou-lhe segmento, com base no óbice criado pela aplicação da Súmula 279 do Supremo²⁹⁷. Eis o fundamento:

Não se negou a possibilidade de união homoafetiva, contudo fundamentou-se a impossibilidade de reconhecer, seja a sociedade de fato ou a convivência, posto que decisão com trânsito em julgado declarou o vínculo em relação à genitora da recorrida, durante o período sob o qual o recorrente alega ter mantido tal sociedade.

Assim, não se passou ao largo das normas constitucionais que albergam a união homoafetiva, todavia expôs que a concomitância resultaria ofensa ao art. 1.723 do Código Civil.

Diante disto, o que se deu foi ofensa reflexa à legislação constitucional, pois a norma determinante do provimento da apelação cível se instalou no dispositivo infraconstitucional.

Noutro ângulo cotejar acerca dos fatos que levam à constatação da sociedade de fato ou convivência, é repisar matéria fática cujo óbice reside na Súmula 279 do STF²⁹⁸.

Em razão do indeferimento supramencionado, foi interposto agravo no Recurso Extraordinário, o qual foi denominado ARE 656298 RG / SE, sendo reconhecida a repercussão geral da matéria objeto da demanda, conforme explicitado na decisão proferida pela Suprema Corte:

²⁹⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Civil n. 5802/2010, Rel. Desembargadora Suzana Maria Carvalho Oliveira, 1ª Vara Civil de Socorro, Julgado em 22.03.2011.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

²⁹⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Civil n. 5802/2010, Rel. Desembargadora Suzana Maria Carvalho Oliveira, 1ª Vara Civil de Socorro, Julgado em 19.05.2011.

O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.²⁹⁹

Considerando a relevância da repercussão geral para a compreensão dos efeitos e consequências jurídicas do caso em tela, faz-se necessário discorrer brevemente sobre este instituto antes de dar prosseguimento à análise do referido Agravo.

A repercussão geral foi introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004³⁰⁰, a qual incluiu o § 3º no art. 102, da Constituição Federal³⁰¹, com a finalidade de resgatar “a feição do recurso extraordinário como elemento de uniformização, buscando, com isso, contornar o problema da crise numérica”³⁰².

Já com o advento da Lei n. 11.418/2006³⁰³, o mencionado instituto foi regulamentado, ficando positivado que:

[...] o Supremo Tribunal Federal só conhecerá o recurso extraordinário quando a questão constitucional oferecer repercussão geral, ou seja, quando discutir questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassando, assim, os interesses subjetivos da causa [...]³⁰⁴.

Ressalte-se, ainda, que a supramencionada legislação considera presumida a existência de repercussão geral nos casos em que a decisão recorrida for contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo³⁰⁵.

O art. 324³⁰⁶ do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal evidencia que a existência da repercussão geral é aferida no Plenário Virtual, “um sistema eletrônico

²⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n. 656298 . Rel. Ministro AYRES BRITTO, Publicado em 02.05.2012.

³⁰⁰ BRASIL, Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

³⁰¹ BRASIL, *Constituição da República de 1988*. Art. 102 (...) § 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros..

³⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1187

³⁰³ BRASIL, *Lei Nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006*. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.

³⁰⁴ MENDES, op. cit., p. 1.187.

³⁰⁵ Ibidem, p. 1.187.

³⁰⁶ BRASIL, *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Art. 324: “Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral”.

que possibilita ao ministro relator ou o presidente inserir um tema e submetê-lo à votação em sessão eletrônica, manifestando-se pelo reconhecimento ou rejeição da repercussão geral”³⁰⁷.

Ato contínuo, os ministros remanescentes terão o interstício temporal de 20 dias para se manifestar, observando-se que a inércia nesse sentido tem como consequência o reconhecimento da repercussão geral, excetuando-se os casos em que o ministro relator rejeitar a repercussão geral em razão de inexistência de questão constitucional³⁰⁸.

Quanto à manifestação de terceiros, caberá ao ministro relator decidir sobre a possibilidade de admissão, quando da análise da repercussão geral, observando-se o disposto no Regimento Interno do Supremo. Outrossim, em relação a revisão de repercussão geral deverá ser apreciada com base no aludido regimento³⁰⁹.

Oportunamente, saliente-se a observação de Gilmar Ferreira Mendes no que tange a questão sobre recursos múltiplos:

[...] Há também a determinação de uma cooperação entre as instâncias ordinárias e extraordinárias para aquelas hipóteses em que se verificar multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia; nessas situações, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal e sobrestar os demais apelos, até pronunciamento definitivo da Corte [...].³¹⁰

A Suprema Corte manifestando-se positivamente pela existência da repercussão geral, passará, em um segundo momento, “ao exame do caso, seguindo as regras do tradicional processo subjetivo”³¹¹

Quanto ao julgamento, deve ser respeitado o *quorum* de oito ministros, havendo a possibilidade “de ser declarada a inconstitucionalidade do ato impugnado se houver a manifestação favorável de seis ministros”³¹², conforme inteligência dos arts. 143,

³⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.187-1.188.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 1.188.

³⁰⁹ *Idem*, p. 1.188

³¹⁰ *Idem*, p. 1.188

³¹¹ DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 309.

³¹² *Idem*, p. 310. Não obstante a essência do nosso controle de constitucionalidade ser desde 1891 baseada no modelo norte-americano, percebe-se cada vez mais, a partir da Constituição Federal de 1988, uma abstrativização do controle difuso, tendo em vista a ampliação das ações de controle concentrado e a inserção dos institutos da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante. Veja, nesse sentido: Araújo, Marcelo L. Correa; BARROS, Luciano José Pinheiros. O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a repercussão geral nos recursos extraordinários. In: Revista da Procuradoria do Banco Central, Brasília, vol. 1., n. 1, dezembro de 2007. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da

parágrafo único e 173, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Uma vez declarada a inconstitucionalidade do texto, no todo ou em parte, são comunicados os órgãos interessados e, na hipótese de ser lei o texto atacado, “remete-se cópia da decisão ao Presidente do Senado Federal para análise de eventual suspensão do ato conforme o art. 52, X, CF”³¹³.

Reitere-se, ainda, que:

A decisão deve ser acompanhada pelas demais turmas bem como em decisões monocráticas do STF. Além disso, nos termos do art. 543 B do Código de Processo Civil, ao examinar Recurso Extraordinário sobre um tema, o STF deve determinar que sejam sobrestados os Recursos sobre matéria idêntica. Após a decisão do mérito pelo STF, os demais tribunais apreciam os processos inicialmente sobrestados, julgando de acordo com a decisão do STF. Devem considerar prejudicados os Recursos que alegarem inconstitucionalidade se a decisão do STF confirmar a constitucionalidade ou modificar decisões adequando-as à orientação do STF.³¹⁴

Registre-se que desde a Constituição Republicana de 1891 o controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento brasileiro baseia-se, essencialmente, na sistemática norte-americana, a qual atribui eficácia *inter partes* à decisão proferida e declara a nulidade plena do ato considerado inconstitucional, ou seja, possui efeitos que retroagem à origem do ato³¹⁵.

No que tange aos efeitos temporais da decisão, saliente-se que o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão reconhecendo a possibilidade de modular os efeitos da decisão no tempo, similar ao que é realizado no controle abstrato³¹⁶. Ao passo que, evidenciando-se relevante interesse público, a declaração incidental de inconstitucionalidade pode vigorar a partir de momento posterior à entrada em vigor da norma inconstitucional³¹⁷.

No tocante a abrangência dos efeitos, destaque-se que:

[...] vem se lançando, tanto legislativamente, quanto doutrinária e jurisprudencialmente, as bases para um controle difuso abstrativizado de constitucionalidade, com a pretensão de que as decisões emanadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nesta via de controle, venham a ter eficácia geral e não restrita às partes, sob o argumento de aprimorar a

jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n° 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>.

³¹³DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011. , p. 310.

³¹⁴Ibidem, p. 310.

³¹⁵Idem, p. 310.

³¹⁶Idem, p. 311.

³¹⁷Idem. p. 311.

concretização da Constituição e garantir que a efetivação da decisão jurisdicional realize os valores da “segurança jurídica” e da razoável duração do processo declarados pela própria Constituição de 1988.³¹⁸

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck salienta que:

[...] a imputação de tal função ao Senado Federal tinha por finalidade resolver a deficiência decorrente da utilização do controle concreto/difuso de constitucionalidade, típico do sistema norte-americano de tradição *common law*, por um ordenamento infraconstitucionalmente baseado no sistema romano-germânico, no qual há a preponderância do dispositivo positivado³¹⁹.

Cumprе ressaltar o seguinte apontamento apresentada por Dalton Santos Morais para a necessidade da intervenção do Senado Federal nesse contexto:

É que o controle concreto e difuso de constitucionalidade amolda-se à perfeição ao modelo judicial norte-americano que, típico do sistema anglo-saxão, baseia-se na regra do *stare decisis*, segundo a qual os precedentes judiciais incidem com força vinculante aos demais juízes, em todos os demais casos com mesma *ratio decidendi*, constituindo-se em fonte primária do direito. Mas, no que tange ao sistema jurídico brasileiro, de origem romano-germânica, a sistemática constitucional de controle difuso/concreto revelou-se inicialmente problemática, vez que nossa ordem jurídica calcava-se na preponderância dos atos normativos, sendo a jurisprudência fonte secundária do direito, pois possuía caráter eminentemente persuasivo e não vinculativo³²⁰.

Por essa razão, a Constituição de 1934 apresentou dispositivo³²¹ para solucionar a mencionada problemática, sendo mantida em todas as demais Constituições, exceto a de 1937, a competência privativa do Senado Federal em suspender a execução no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo³²².

Por não possuir os efeitos típicos do sistema norte-americano, era necessário a implementação de um mecanismo que possibilitasse atribuir eficácia geral às decisões “proferidas em controle concreto pelos juízes ordinários e, definitivamente, referendadas pelo Supremo Tribunal Federal”³²³.

Nesse particular, reitere-se que:

³¹⁸ MORAIS, Dalton Santos. *Controle de constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do supremo tribunal federal*. Editora JusPODIVM. 2010. p. 99.

³¹⁹ Ibidem, p. 120.

³²⁰ Idem, p. 120-121.

³²¹ BRASIL, *Constituição da república dos estados unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Art. 91, IV “[...] suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberativo ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

³²² MORAIS, op. cit., p. 121-122.

³²³ Ibidem, p. 122.

[...] no controle concreto de constitucionalidade realizado pelo juiz ordinário, sob a via difusa, examina-se a questão constitucional como fundamento para a decisão que se proferirá no caso concreto, situação sob a qual a inconstitucionalidade declarada na hipótese limitar-se-á às partes do processo, pois a sentença deve observar os limites da lide, inclusive os de ordem subjetiva – as partes da relação jurídica processual, configurando-se aquilo que a doutrina denomina como eficácia *inter partes* da jurisdição constitucional concreta³²⁴.

Esse é o motivo pelo qual as nossas constituições impeliram ao Senado Federal “a competência para suspender os efeitos do ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em controle concreto e difuso, conferindo à referida decisão jurisdicional efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante”³²⁵. Ademais, justifica Gilmar Ferreira Mendes que:

[...] a decisão proferida *in concreto* sobre a questão constitucional, nos limites subjetivos da lide, retroage para afastar todo e qualquer efeito do ato tido como inconstitucional, pois “O controle difuso, segundo o modelo norte-americano, realiza-se no caso concreto, em qualquer ação, incidentalmente ou por via de exceção; a sentença é declaratória, com efeito retroativo, *ex tunc* e *inter partes*”³²⁶.

Com o escopo de solucionar a questão em tela é que foi introduzido um mecanismo republicano capaz de aumentar o alcance da “decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto de constitucionalidade”. A atual Carta Magna apresenta em seu art. 52, X, a forma pela qual o Senado Federal irá estender o efeito da decisão.

Por fim, registre-se que:

Se, nos termos da disposição constitucional supramencionada, ocorre a suspensão dos efeitos genéricos e abstratos da norma a partir da edição de resolução pelo Senado Federal, os efeitos da coisa julgada decorrente da decisão definitiva prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso de constitucionalidade estender-se-á a todos os indivíduos submetidos à incidência da norma declarada inconstitucional. Ou seja, após a resolução do Senado Federal, a decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto/difuso de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes* e terá eficácia *ex nunc*³²⁷.

Registre-se, também, que essa concepção tem sido alvo de críticas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma vez que a aludida atribuição constitucional ao Senado

³²⁴ MORAIS, Dalton Santos. *Controle de constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do supremo tribunal federal*. Editora JusPODIVM. 2010. p. 122-123.

³²⁵ Ibidem, p. 123.

³²⁶ Idem, p. 123.

³²⁷ Idem, p. 124-125.

Federal revelaria “um indevido deslocamento de função eminentemente jurisdicional a ser desempenhada por aquela Corte para uma Casa política, em uma limitação indevida e contraditória de tal importante espécie de função jurisdicional”³²⁸.

Importante salientar a peculiar perspectiva adotada por Gilmar Ferreira Mendes sobre a questão, o qual sustenta que:

[...] considerando-se a modificação de parâmetro sob a qual se deve analisar o princípio da separação de poderes e a competência de guardião da Constituição conferida ao Supremo Tribunal Federal pela Carta vigente, teria ocorrido uma mutação constitucional do art. 52, X da Constituição de 1988, pelo que “A única resposta plausível indica que o instituto da suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assenta-se hoje em razão de sua índole exclusivamente histórica”³²⁹.

O referido ministro justifica sua percepção adotando a clássica premissa interpretativa de “quem pode o mais, pode o menos”. Nesse particular, Gilmar Ferreira Mendes apresenta o questionamento, em sua manifestação na Reclamação nº 4335-5/AC, no seguinte sentido:

[...] se o Supremo Tribunal Federal pode, no controle abstrato de normas, suspender, inclusive de forma liminar, a eficácia de um ato normativo, até mesmo na hipótese de emenda constitucional, por que na declaração de inconstitucionalidade em controle concreto e difuso sua decisão deve ter efeitos entre as partes, dependendo de resolução do Senado Federal para ter eficácia para todos?³³⁰

Por outro lado, cumpre registrar também que:

[...] tal posicionamento tem influenciado, sobremaneira, parte da doutrina, a qual, com base nos mesmos argumentos do referido autor, tem propugnado, reiteradamente, pela compreensão de que a competência do Senado Federal, atualmente determinada pelo art. 52, X da Constituição, para não revelar-se contrária ao sistema de controle vigente, deveria ser entendida como de mera publicidade, sem a capacidade de estender os efeitos *inter partes* da decisão definitiva a todos os indivíduos submetidos ao dispositivo legal declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em controle concreto e difuso³³¹.

De toda sorte, apresentado o mecanismo e as especificidades que permeiam o tema, doravante, será salientado uma discussão quanto aos efeitos da decisão de mérito proferido no Agravo em Recurso Extraordinário n. 656.298.

³²⁸ MORAIS, Dalton Santos. *Controle de constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do supremo tribunal federal*. Editora JusPODIVM. 2010, p. 125.

³²⁹ MENDES, apud Moraes, p. 126.

³³⁰ MORAIS, op. cit., p.126.

³³¹ Ibidem, p. 126-127.

3.3 O Reconhecimento como Entidade Familiar

Considerando a decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal no sentido do indeferimento do pleito do agravante, possivelmente, a Alta Corte reconhecerá a existência de uma sociedade de fato entre este e o *de cujus*, aplicando a Súmula 380, aproximando-se do que tem sido plasmado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do apreço de ações com objeto idêntico, cujos efeitos foram delineados no corpo desta monografia.

Contudo, ante as diversas linhas argumentativas trazidas a discussão, aflora-se a possibilidade real de uma decisão no sentido do reconhecimento do pedido do agravante ensejando uma nova perspectiva resolutive às demandas similares que estão em progresso no Poder Judiciário.

Ao reconhecer como união estável a relação que até a pouco era percebida como concubinato, gera repercussões de grande impacto, principalmente em virtude de elevá-la a *status* de entidade familiar e, por reflexo, a tutela estatal.

De toda sorte, cabe analisar os efeitos do aludido reconhecimento, uma vez que, por meio da análise jurisprudencial realizada para a confecção desta monografia, percebe-se que as demandas que buscam o reconhecimento de uniões estáveis concomitantes têm como principal objetivo a natureza patrimonial, pouco ou quase nada é salientado sobre os demais efeitos oriundos deste reconhecimento.

Inicialmente, urge reiterar que a decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário terá efeito *inter partes*, porém, assumindo que o Senado Federal tenha confeccionado Resolução atribuindo efeito *erga omnes*, após uma decisão do Supremo neste sentido, um novo rearranjo familiar estará protegido e reconhecido em nosso cenário jurídico, possibilitando uma gama de perguntas que, até o momento, não apresentam relevância dentro do mundo acadêmico.

Nesse particular, pode-se suscitar a questão que se aflora da análise do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, o qual em sua parte última prescreve que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento.

Ora, no caso de um homem que possui relacionamento simultâneo com duas mulheres, onde se observa publicamente o preenchimento de todos os pressupostos da união

estável, inclusive o *animus* de constituir família, salvo a questão da monogamia, aspecto este vencido, tendo em vista que partimos dessa premissa, seria possível converter a união estável em casamento mantendo a outra união estável? Seria possível converter as duas uniões estáveis em casamento?

Pelo menos, em relação à última questão, cumpre ressaltar o curioso caso que aconteceu na cidade de Tupã, localizada a 435 km de São Paulo, no qual um homem manteve um relacionamento amoroso com duas mulheres pelo lapso de três anos, registrando-se que a convivência ocorria sob o mesmo teto, e, findo esses três anos, desejando regularizar a situação, procurou um cartório e lá confeccionou um documento atribuindo aspectos muito similares às regras estabelecidas no instituto do casamento³³².

Nessa seara, registre-se trecho da reportagem:

O documento, uma espécie de contrato, foi feito no Cartório de Notas e Protestos da cidade pela tabeliã Cláudia Domingues. Segundo ela, essa escritura pode ser a primeira que trata sobre uniões poliafetivas no País.

O desejo dessas pessoas foi declarar publicamente essa situação e ter a garantia dos seus direitos, disse a tabeliã. Os nomes foram mantidos em sigilo pelo cartório. O trio já havia procurado outros profissionais da cidade, que não quiseram registrar o documento. Mas, após analisar a questão, Cláudia avaliou que não existia impedimento³³³.

Em especial, destaque-se que o documento supramencionado se limita a definir os direitos e deveres entre os companheiros, bem como da questão patrimonial e das consequências jurídicas de uma eventual dissolução³³⁴.

Outra questão a se ponderar tem seu assento em virtude da redação do art. 1.595, do Código Civil, o qual estabelece que “cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo de afinidade”³³⁵.

No caso, ocorrendo a dissolução da união estável, os impedimentos elencados no art. 1.521, do Código Civil, deverão ser observados, uma vez que o impedimento matrimonial se mantém após o término da relação³³⁶.

³³² AGÊNCIA ESTADO. *Trio que vive junto faz registro de união poliafetiva em são paulo*. Disponível em: <<http://www.d24am.com/noticias/brasil/trio-que-vive-junto-faz-registro-de-uniao-poliafetiva-em-sao-paulo/66852>>. Acesso em 27.09.2012.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ *Idem*.

³³⁵ BRASIL, *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 1.595: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”.

A questão da adoção por companheiros múltiplos também ensejará discussões, uma vez que preceitua o art. 1.622, do Código Civil, que “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”.

Na hipótese de uma união estável que possua mais de dois membros quem seriam os legitimados a adotar? Haveria a possibilidade de um duplo registro no que tange a figura do pai ou da mãe? Extinguindo-se a união, quem deveria ficar com a criança? A mãe adotiva? E se no caso concreto a união for configurada por duas mulheres e um homem, neste caso qual das mulheres teria maior legitimidade?

Ora, o dispositivo em tela visa “harmonizar a vida em família, permitindo a adoção quando existir um núcleo devidamente formado e estabilizado, independentemente de se tratar de casamento ou companheirismo”³³⁷. Assim, sob esta perspectiva não haveria obstáculos para a adoção pelos membros de uma união estável concomitante.

Em relação ao direito ao nome, em razão do advento da Constituição de 1988, os requisitos elencados na Lei n° 6.015/73, denominada Lei de Registro Público, foram superados, remanescendo apenas a autorização do companheiro para adicionar seu sobrenome. Ademais, o direito não é exclusivo à mulher, mas também ao homem.

Nesse contexto, superada a questão do preenchimento dos pressupostos, os membros de uniões estáveis concomitantes poderiam adicionar o nome dos companheiros ao seu, na medida em que:

[...] o nome por ser elemento vital a identificação do núcleo familiar perante a sociedade, o apelido tem assim especial relevância em relação às entidades familiares constituídas pelo matrimônio ou não, visto dizer respeito não só ao casal, mas aos seus filhos e familiares³³⁸.

Outra questão, talvez a mais significativa, refere-se à presunção de paternidade, na hipótese da manutenção de uma união estável concomitante quando envolver mais de um homem entre seus membros e pelo menos uma mulher. Com efeito, parece que a solução mais adequada seria a aplicação da submissão ao exame de DNA, contudo, a questão se acentua quando as partes não desejarem realizar e, assim, requererem o reconhecimento de

³³⁶FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 404.

³³⁷ *Ibidem*, p. 405.

³³⁸ FERREIRA, Fábio Alves. *O reconhecimento da união de fato como entidade familiar e a sua transformação num casamento não solene*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 100.

paternidade, independentemente, de quem seja o pai biológico, uma vez que a filiação não se limita ao caráter biológico, tendo em vista o caráter afetivo das entidades familiares.

A própria questão da afetividade iria circundar a discussão, o caráter socioafetivo deveria prevalecer? E a questão da presunção *pater is est*, tendo em vista que o relacionamento, no caso concreto, foi mantido durante o prazo legal, ou seja, na hipótese do “filho ser concebido, até no mínimo, dentro dos 180 dias do início da união, e no máximo, dentro de 300 dias depois de sua ruptura”³³⁹? Enfim, são apenas ponderações.

Com efeito, essas são apenas algumas das dúvidas que se acentuam, na medida em que se questionam as consequências do reconhecimento de uniões estáveis concomitantes e, em razão de suas complexidades, não é objeto desta monografia elucidá-las, mas apresentar um outro viés pouco trabalhado na doutrina.

No entanto, parece que a questão, provavelmente, continuará a se restringir ao que concerne a questões patrimoniais, em particular ao que tange à meação e aos efeitos sucessórios em razão do falecimento de uma das partes, considerando o contexto atual do tema.

Conclui-se, de toda sorte, que independentemente do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo no Recurso Extraordinário ora objeto de análise, as discussões sobre uniões estáveis concomitantes não irão se findar, o reconhecimento de sua possibilidade ensejará reflexos em quase todas as áreas do ordenamento pátrio, o que propiciará mais perguntas sobre o que vem a ser realmente família, considerando como elemento central a afetividade, a questão da concomitância é apenas mais um reflexo da busca inerente a cada indivíduo pela felicidade³⁴⁰.

³³⁹ FERREIRA, Fábio Alves. *O reconhecimento da união de fato como entidade familiar e a sua transformação num casamento não solene*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 107.

³⁴⁰ Nesse particular, cabe salientar a Proposta de Emenda à Constituição N° 19 de 2010, de autoria do Senador Cristovam Buarque, que tem por finalidade alterar o art. 6° da Constituição Federal para incluir o direito à busca da felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622

CONCLUSÃO

O objetivo da presente monografia foi apresentar a forma pela qual a doutrina e a jurisprudência perceberam o tema desde o Código Civil de 1916, o principal motivo deste corte foi evidenciar que a sociedade evolui, as concepções culturais e morais mudam com o passar dos anos, as restrições impostas pelo Estado e chancelada pelo ordenamento jurídico não são suficientes para impedir que laços afetivos se constituam.

Com efeito, ignorar situações anômalas para o direito é apenas mais uma forma de impulsionar a busca por sua tutela, o concubinato era visto como algo sujo, impuro, ilícito, fato que não impediu que as mulheres, as quais se encontravam à mercê de sua sorte quando do fim do relacionamento, procurassem uma resposta do Poder Judiciário.

A resposta, sem dúvida, não foi a mais adequada, pois tratar uma relação que em tudo se afigura a entidade familiar como sociedade de fato é, no mínimo, tentar apagar da realidade a verdadeira natureza da relação que em nada se parece com uma empresa, os vínculos que unem o casal não se restringem à condição financeira de seus membros, mercantilizar o afeto é algo assombroso.

De fato, a Constituição de 1988 propiciou um grande avanço nesse sentido, porém, a aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal até o presente momento para solucionar demandas que envolvem uniões estáveis concomitantes, parece-me que o magistrado esquece da existência da Carta Maior. Ademais, a interpretação deve ser sistemática, o direito de família deve ser observado junto com a Constituição e os princípios que a norteiam.

Dessa forma, a discussão acerca da monogamia como instrumento mais que suficiente para obstruir o reconhecimento de uniões paralelas, parece-me até superado, considerando os princípios que, em regra, devem nortear a decisão do magistrado.

No entanto, é nítido o caráter conservador no que tange ao princípio monogâmico enraizado na estrutura familiar, cujo fundamento é reverberado por diversos tribunais na estrutura do Poder Judiciário e, em especial, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e, até o momento, do Supremo Tribunal Federal.

Talvez, as consequências oriundas do reconhecimento de uniões concomitantes sejam os verdadeiros motivos para o seu indeferimento e não o caráter monogâmico da sociedade, uma vez que a realidade, novamente, se alterou e, nesse sentido, em razão do dinamismo social não poderia o direito continuar fixo, cuja consequência é a sua ineficácia ou desuso.

O julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário n. 656298 RG / SE, sem dúvidas, terá uma importância capital para mitigar essas concepções conservadoras e que em nada contribuem para dar eficácia aos preceitos constitucionais. A afetividade é o cerne em que a família é construída. Nesse particular, a busca pela felicidade impulsionou novos arranjos familiares, a união paralela é apenas mais um dentre o caleidoscópio que se formou.

Assim, podemos perceber que a busca pela felicidade é a válvula que propicia mudanças em nossa sociedade, a qual ressoa no Judiciário, cabendo a este se adequar as novas realidades e não criar obstáculos para materializar a concretude do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações interpessoais, uma vez que a família existe em razão de seus componentes e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescindível a pessoa humana³⁴¹.

³⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 11.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. *Trio que vive junto faz registro de união poliafetiva em são paulo*. Disponível em: <<http://www.d24am.com/noticias/brasil/trio-que-vive-junto-faz-registro-de-uniao-poliafetiva-em-sao-paulo/66852>>. Acesso em 27.09.2012

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL, *Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916*. Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Rio de Janeiro, 1916. Acesso em 12 de setembro de 2012.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 2 de agosto de 2012.

_____. *Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Brasília, 1977. Acesso em 10 agosto 2012.

_____. *Lei Nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm. Acesso em 7 de setembro de 2012.

_____. *Lei Nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Brasília, 1996. Acesso em 2 agosto 2012.

_____. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Brasília, 2002. Acesso em 2 agosto 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação N. 70.000.339.168, Sétima Câmara Cível, Relator Des. Brasil Santos, Julgado em 01/03/2000.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação N. 70.009.550.070, 7ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, Julgado em 17/11/2004.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação N° 70.010.787.398, Sétima Câmara Cível, Desembargadora Maria Berenice Dias, Julgado em 27/04/2005.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Civil n. 5802/2010, Rel. Desembargadora SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA, 1ª Vara Civil de Socorro, Julgado em 22.03.2011.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.157.273-RN, 3ª TURMA, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Julgado em 7-6-2010.

_____, Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário N. 656298, Relator Ministro Ayres Brito, DJe. 02.05.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário N° 477.554, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n. 656298 . Rel. Ministro AYRES BRITTO, Publicado em 02.05.2012.

_____, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus N° 85.237, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgamento em 17-3-2005, Plenário, DJ de 29-4-2005 (grifo nosso). No mesmo sentido: Habeas Corpus N° 98.621, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento em 23-3-2010

_____, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 85.391. Relator: Thompson Flores. Brasília, DF, 5 de dezembro de 1978.

_____, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 178, Rel. Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, julgado em 08/07/2009, DJe 05/08/2009.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4277, Rel. Ministro GILMAR AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 05/05/2011, DJe 13/10/2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 132, Rel. Ministro Carlos Brito, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe 13/10/2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 178, Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 08/07/2009, DJe 05/08/2009.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, Rel. Ministro Gilmar Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe 13/10/2011.

CHAVES, Marianna. *União homoafetiva*: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19274/uniao-homoafetiva-breves-notas-apos-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-pelo-stf>>. Acesso em: 10 set. 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008

FERREIRA, Fábio Alves. *O reconhecimento da união de fato como entidade familiar e a sua transformação num casamento não solene*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008

KUHN, Thomas S.. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2001

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Dalton Santos. *Controle de constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do supremo tribunal federal*. Editora JusPODIVM. 2010.

NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011

PALU, Oswaldo Luiz Palu. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 187

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SOUZA, Ainda Maria Loredó de. *Aspectos polêmicos da união estável*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.