

A análise crítica da união estável putativa segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A critical analysis of putative stable union according to the jurisprudence of the Superior Court of Justice

Pauliane de Fátima Oliveira

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas – MG (UNIPAM), participante do Programa de Iniciação Científica (PIBIC) do Centro Universitário de Patos de Minas – MG (UNIPAM), estagiária de Direito no Escritório Mírian Gontijo e Advogados Associados de Patos de Minas – MG.

e-mail: paulianefoliveira@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à união estável putativa, enquanto sociedade de fato, para identificar possíveis inconsistências jurídicas quanto ao atual entendimento da Corte. O método utilizado para a pesquisa é o dedutivo-bibliográfico, tendo sido feita análise da legislação nacional, da doutrina cível e constitucional e, principalmente, da jurisprudencial. Os doutos desembargadores do STJ têm entendido que a união estável putativa não deve ser tutelada pelo Direito de Família, merecendo ser tratada como simples organização com objetivo único de atingir determinado propósito, como, por exemplo, adquirir patrimônio. Em face da união estável putativa e tantas novas formas de união familiar existentes, verifica-se a (in) viabilidade de aplicação no caso concreto dos princípios do Direito Civil e Constitucional. Aborda-se, também, a (im)possibilidade de reconhecimento pelo Direito de Família da convivente que somente era putativa quando do início da união estável.

Palavras-chave: União Estável Putativa. Entidades familiares concomitantes. Princípios de Direito Civil e Constitucional.

Abstract: The present aims at analyzing the jurisprudence of the Superior Court of Justice in what concerns the putative common-law marriage, while society in fact, to identify possible juridical inconsistencies by the present understanding of the Court. The method used for the research is the deductive-bibliographic, and we have made an analysis of the national law, of the constitutional and civil doctrine, and especially of the jurisprudence. The learned chief judges of the Superior Court have understood that the putative common-law marriage should not be tutored by the Family Law, and it must be treated as a simple organization with the objective to achieve a certain proposal, such as acquiring patrimony. Considering the putative common-law marriage and many other forms of existing family union, one verifies the viability of application in the concrete cases of the principles of Civil and Constitutional Law. We should also approach the (im)possibility of recognition by the Family Law of the companion who was only putative in the beginning of the common-law marriage.

Keywords: Putative common-law marriage. Concomitant family entities. Principles of Civil and Constitutional Law.

1 Introdução

A vida a cada dia se reinventa, se reelabora e acompanhada por ela está a realidade social que, em consequência, muda constantemente. Nestas mudanças, papel primordial é o do ser humano, que ontem pensava e agia de uma maneira e hoje já possui novos pensamentos e novas atitudes.

Tais mudanças geram transtornos para os indivíduos, pois a realidade jurídica nem sempre consegue acompanhar as mudanças sociais ocorridas. Nesse aspecto, a nova realidade pode ser comum no meio social e, entretanto, não ter aceitabilidade no mundo jurídico. Assim, em razão da norma legislativa nem sempre regular os novos contextos de fatos sociais, muitos se verão sem a tutela jurídica específica.

Deste modo, pretende este trabalho verificar qual o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no que tange à união estável putativa, tendo em vista que tal instituto não possui legislação específica.

Será realizada uma análise crítica, verificando quais as justificativas adotadas pelo Excelso Tribunal e se elas condizem com a realidade social. Após compreensão do tema, necessário será que se discorra sobre a atuação do Poder Judiciário para tentar resolver as lides existentes.

Assim, a presente pesquisa, além de analisar criticamente a união estável putativa, faz uma abordagem sobre as novas entidades familiares existentes no Direito de Família e a necessidade de aplicação dos princípios do Direito Civil e Constitucional que são inerentes a esta nova realidade.

Importa salientar que foi base para a estruturação do trabalho, de pesquisa dedutivo-bibliográfica, o estudo crítico da doutrina cível e constitucional, a obtenção e análise da legislação nacional pertinente, pesquisa bibliográfica inerente ao tema e exame crítico das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

2 Breves esclarecimentos sobre família

Primeiramente cumpre expor breves noções a respeito do que se entende, atualmente, por família. A partir da promulgação da Carta Magna de 1988 e também da entrada em vigor do Novo Código Civil, o conceito de família sofreu alargamentos. A família se libertou da obrigação de manter um casamento perpétuo, as mulheres tomaram um posto de igualdade na relação matrimonial, destituindo o patriarcalismo, e foram exterminadas as diferenças, antes existentes, quanto aos membros familiares, como, por exemplo, discrepâncias no tratamento de filhos havidos em relações extramatrimoniais.

“Com todas essas mudanças, especialmente nos costumes e na ‘liberalização sexual’, começou-se a pensar que a família entrou em crise, em desordem”, conforme sustenta Rodrigo da Cunha Pereira (2012b, p. 24). O ilustre doutrinador aduz, ainda, que devido à rapidez nas mudanças sofridas, é normal que haja amedrontamento por parte da sociedade, mas que tais mudanças não devem ser vistas negativamente (PEREIRA, 2012b, p. 24).

Para o eminente autor acima mencionado, os

demógrafos, sociólogos, antropólogos, economistas ou psicanalistas não tem a fórmula certa para dizer ao Direito como legislar essa nova realidade. Como organizar juridicamente a família, se não há mais uma única forma de família, mas várias? (PEREIRA, 2012b, p. 24).

Sabe-se que a família é o núcleo fundamental onde está toda a organização social e que, além disso, constitui a base do Estado. No entender de Carlos Roberto Gonçalves, “em qualquer aspecto em que é considerada aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado” (GONÇALVES, 2009, p. 01).

Nesta linha de pensamento, Nelson Rodrigues (*apud* PEREIRA, 2012a, p. 28) aduz que a família “é muito maior do que as restritivas regras jurídicas. O casamento é uma criação jurídica, mas a família existe antes e acima destes artifícios jurídicos. Por isso, a função do Direito deve estar sempre voltada a proteger a essência, muito mais do que a forma”.

Assim sendo, será que se pode falar que todas as relações afetivas pautadas na formação familiar gozam da tutela do Direito de Família? E, primeiramente, quais são as principais formas de família?

3 As uniões de afeto

Sabe-se que várias são as novas formas de constituição familiar, não mais se limitando ao contexto de pai, mãe, filhos e, muito menos ao casamento, como única maneira de união afetiva.

Neste sentido, são evidentes na atual sociedade as diferentes formações familiares. Algumas delas foram previstas expressamente na Constituição Federal, como o casamento, a união estável e as famílias monoparentais, entendidas como aquela entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja as famílias constituídas por solteiros, casados, viúvos e tantas outras figuras da família que “vivem com a sua prole, sem a presença de um parceiro afetivo (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 56).

Outras, porém, somente são reconhecidas em razão de a Constituição Federal implicitamente prever o reconhecimento de outras entidades familiares quando aduz que a família gozará de especial proteção do Estado como, por exemplo, a união homoafetiva, a família reconstituída, a família socioafetiva e, tema deste trabalho, a união estável putativa.

3.1 Formações familiares implicitamente previstas na Constituição Federal/1988

3.1.1 União homoafetiva

Superada está a questão de união homoafetiva na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, visando colocar fim em questões concorrentes no Judiciário, proferiu ilustre decisão – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 – acerca do assunto aduzindo que as uniões contínuas e duradouras formadas por pessoas do mesmo sexo têm embasamento na Constituição Federal.

O relator, ministro Ayres Britto (2011), argumentou que o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, assinalou o ministro, acrescentando que a Carta Magna não colocou nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica para conceituar “família”.

Desta forma, não há mais óbice para o acatamento de uniões homoafetivas como entidade familiar, de acordo com o artigo 1723 do Código Civil, pois, a partir da decisão mencionada, este artigo deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal.

3.1.2 *Família reconstituída*

Tem-se na família reconstituída a mais clara expressão da diversidade de relações afetivas. Elas são “entidades familiares decorrentes de uma recomposição afetiva, nas quais, pelo menos, um dos interessados traz filhos ou mesmo situações jurídicas decorrentes de um relacionamento familiar anterior” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 69).

Da mesma maneira, esse conceito de família reconstituída goza de proteção estatal, sendo assegurados diversos institutos, como, por exemplo, regulamentação do direito de visitas (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 70).

Garantidos estão, portanto, os direitos dos integrantes desta nova formação familiar, tanto no Novo Código Civil, quanto na Constituição Federal.

3.1.3 *Família socioafetiva*

Entende-se por família socioafetiva a paternidade baseada na posse de estado de filho, ou seja, inexistente vínculo de sangue, mas há experiência de pai, experiência de mãe, de verdadeira filiação.

Tal fato produz efeitos no ordenamento jurídico, apesar de não encontrar previsão legal expressa, já que, para haver paternidade socioafetiva, é necessário que “o menor carregue o nome da família, seja tratado como filho e que sua condição oriunda da filiação seja reconhecida socialmente” (PEREIRA, 2012b, p. 216-217).

O Poder Judiciário vem reconhecendo inúmeras paternidades socioafetivas sob o argumento de que

a presença do pai ou da mãe biológicos não é nenhuma garantia de que a pessoa se estruturará como sujeito. O cumprimento de funções paternas e maternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica saudável de alguém. Por isso, a família não é apenas um dado natural, genético ou biológico, mas sim cultural (PEREIRA, 2012b, p. 216.).

Para resumir, a família socioafetiva traduz perfeitamente o provérbio popular “pai é quem cria”. Ou seja, pais são aqueles que assumem responsabilidades com a educação, com o amparo afetivo, com a criação, e não simplesmente aqueles que concebem.

3.1.4 *União estável putativa*

Para perfeita compreensão da união estável putativa, faz-se necessária a distinção entre concubinato adúltero puro ou de boa-fé e concubinato adúltero impuro ou de má-fé. Tal distinção é uma construção doutrinária que permite chegar ao conceito de união estável putativa.

Maria Berenice Dias (2012, p. 2) distinguiu o concubinato no seguinte sentido:

a diferença centra-se exclusivamente no fato de a mulher ter ou não ciência de que o parceiro se mantém no estado de casado ou tem outra relação concomitante. Assim, (...) somente quando a mulher é inocente, isto é, afirma não ser sabedora de que seu par tem outra, há o reconhecimento de que ela está de boa-fé e se admite o reconhecimento da união estável, com o nome de união estável putativa.

Deste modo, caso o(a) companheiro(a) da segunda relação saiba do impedimento de seu parceiro, estará agindo de má-fé. Restará caracterizado concubinato impuro. E, sendo o(a) companheiro(a) desconhecedor(a) da relação anterior, estará caracterizada a união estável putativa.

Os conceitos de concubinato em quase nada colaboram para a definição dos direitos inerentes a cada caso, ao contrário, o termo ‘concubinato’, pejorativo como é, termina por atrapalhar.

Vale ressaltar que uma simples análise jurisprudencial permite chegar a conclusão previsível de que a manutenção dos relacionamentos plurais é feita, em sua maioria, por homens; entretanto, não há que ser esquecido que não há distinção entre homem e mulher, podendo ser encontrados casos diferentes, em que a mulher mantém união estável com dois homens.

Mais importante ainda é estabelecer as características da união estável putativa. E, para isso, resta elucidar que são os mesmos pressupostos da lei impingidos à união estável. E não há ressalvas, como bem assevera, mais uma vez, Maria Berenice Dias (2012), pois, para configuração da união estável, não há explícito o dever de fidelidade, muito menos direito a exclusividade.

Importantíssimo é lembrar que estes relacionamentos devem ser pautados na convivência pública, os conviventes devem viver normalmente, sendo notória a união perante o meio em que vivem.

De mais a mais, a união estável putativa deve ser entendida como verdadeira entidade familiar. O que deve ser considerado é a intenção da convivente de boa-fé.

O Direito, ao tutelar este instituto jurídico, deve se limitar a proteger ‘inocência’ deste(a) parceiro(a), já que, ao firmar um ambiente familiar ele(a) jamais poderia imaginar que seu companheiro tivesse outro vínculo familiar formado.

É possível que este companheiro(a) esteja de boa-fé, conforme verificado na Apelação Cível 70043514512 (RIO GRANDE DO SUL, 2011), em que restou comprovada a existência de união estável de mais de dezesseis anos de um homem com uma mulher. Eles tiveram dois filhos. Por outro lado, o mesmo homem manteve com outra mulher, concomitantemente, união estável por mais de dez anos, tendo resultado o nascimento de uma filha.

Ocorre, *in casu*, que as duas mulheres moravam em cidades diferentes, distantes cinquenta quilômetros uma da outra.

Deste modo, foi possível manter essas relações de forma pública sem que nenhuma das companheiras pudesse ter conhecimento da vida dúplice do companheiro.

Notório está, portanto, a culpa do(a) companheiro(a) quando existente uma união estável putativa. A discussão não se pauta na possibilidade de existir afeto em duas uniões concomitantes. A questão é que aqueles que mantêm as duas uniões são beneficiados nestes casos, já que quando o(a) companheiro(a) putativo(a) necessita de realizar algum ato, como por exemplo, requerer a pensão pela morte do(a) companheiro(a), se depara com outra pessoa pleiteando a mesma tutela jurisdicional.

Embaraçoso para este(a) companheiro(a) fica a situação, já que pode ser que não encontre a proteção do Estado nestes casos, pois a jurisprudência tem reconhecido alguns casos; entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, um de nossos Tribunais Superiores, negou-se a conceder direitos no âmbito familiar para esse(a) convivente.

Assim, todo o tempo dedicado à formação de uma família, dedicado a um(a) companheiro(a) é desconsiderado e, este(a) convivente putativo(a) tem somente a possibilidade de pleitear o reconhecimento de uma formação patrimonial comum, ou seja, somente a possibilidade de ser reconhecida uma sociedade de fato.

A demanda para reconhecimento desta sociedade não é feita na vara de Família, mas sim na Justiça Comum.

Deste modo, o(a) companheiro(a) forma, em seu consciente, uma família e, quando precisa do amparo judicial, tem frustrada sua pretensão em razão de existir um(a) outro(a) convivente anterior que gozará da tutela na vara específica, qual seja, a de Família.

4 Entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça

Tendo em vista a incidência de provocações do judiciário a respeito das uniões afetivas, chegou ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial nº 789.293 – RJ, a solicitação de reconhecimento de união estável de duas uniões concomitantes buscando equiparação com o casamento putativo. Tal Recurso Especial foi a última demanda existente no Superior Tribunal de Justiça no que tange ao reconhecimento de união estável putativa.

Casamento putativo, segundo artigo 1561 do Código Civil, é aquele contraído de boa-fé por um dos cônjuges. Esse casamento será tido como nulo ou anulável, mas, em relação ao cônjuge de boa-fé e aos filhos, produzirá efeito.

Para o Excelso Tribunal, não é possível usar a analogia entre casamento putativo e a união estável, pois significaria entender que essa união é uma entidade

familiar e não autoriza que se identifiquem várias uniões estáveis sob o argumento de que haveria, também, uma união estável putativa.

Assim foi prolatado no Recurso Especial:

quem convive simultaneamente com duas mulheres não tem relacionamento putativo para fins de união estável, pela só razão de que ou bem uma delas é de fato a companheira e a outra o relacionamento não estável, embora longo no tempo, ou nenhuma das duas é companheira e não reúnem condições apropriadas para reconhecer a união estável. (BRASIL, 2006)

No entendimento do STJ, isso não é admissível, pois não há possibilidade de admitir a existência de várias convivências com o objetivo de constituir família. Ou seja, não há o reconhecimento de entidades familiares múltiplas e concomitantes.

Para o Superior Tribunal de Justiça, só é possível reconhecer a união estável putativa se for comprovada a separação de fato do(a) primeiro(a) convivente, pois não há

qualquer possibilidade do emprego analógico da regra do casamento putativo, porque, enquanto neste existe o vínculo formal duplo, o que é possível, naquele só existe a convivência com aquela vocação de constituir família, havendo, portanto, um vínculo não formal (BRASIL, 2006).

Deste modo, percebe-se, pelo acórdão, que há um acurado zelo no que tange à possibilidade de reconhecimento de união estável paralela a um primeiro casamento ou união estável, visto que, independentemente da boa-fé do(a) segundo(a) convivente, o Superior Tribunal de Justiça não reconhece o relacionamento como sendo putativo, em razão de não poder figurar duas uniões concomitantes com a mesma pessoa.

Tais negativas do Superior Tribunal de Justiça se devem ao total apego à forma monogâmica como a sociedade ocidental tem se organizado. Para o STJ, a monogamia equivale à fidelidade e, inserida nesta, à lealdade. Não há possibilidade de acatamento dentro do Direito de Família de “relações afetivas, paralelas e, por conseqüência, desleais” sem perda do sentido de que o núcleo familiar objetiva a “realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade” (BRASIL, 2006).

Não obstante essa afirmação, sabe-se que o princípio da monogamia não é simplesmente “uma norma moral ou moralizante”, ela tem, em verdade, a função de um “princípio jurídico ordenador”. Tanto é assim que, como lembra Rodrigo da Cunha Pereira (2012b, p.127.), se a monogamia fosse uma regra de cunho moral, nós teríamos que reconhecer como imoral o ordenamento jurídico do Oriente Médio, onde muitos países não adotam a monogamia.

Neste sentido, posicionou-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, veja:

há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina – palavra preconceituosa –, mas companheira. (MINAS GERAIS, 2008)

No que pese o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, mister fazer uma análise crítica a respeito da imutabilidade destes comportamentos, já que ao Estado não cabe impor ou delimitar relações familiares, cabe a ele somente tutelar essas relações tendo como principais fundamentos os princípios constitucionais e os princípios aplicáveis ao Direito de Família.

5 Os princípios constitucionais e do Direito de Família e a necessidade de reconhecimento da união estável putativa

Sabe-se que as normas legislativas são posteriores aos fatos e, assim, a vida como é vem antes da norma jurídica. Neste sentido, os magistrados não podem se desobrigar do encargo de julgar. Independente de existir uma norma específica, o Poder Judiciário deve se manifestar, buscando em outras fontes do Direito a solução mais justa para o caso concreto.

São muitas as fontes, mas o que mais tem poder de adequação à realidade fática são os princípios. Eles “presidem a ordem jurídica, em toda a sua extensão e substancialidade, evidenciando a sua inuidosa importância teórica e prática” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 33).

“A teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições” (BONAVIDES, 2010, p. 281), possuindo grande força normativa.

O Direito de Família, em razão de sua mutabilidade, deve sempre ser analisado levando em conta as bases principiológicas.

Nota-se a necessidade de conformar à realidade do Direito de Família atual, em especial, a união estável putativa, à conjuntura dos seguintes princípios: dignidade da pessoa humana, igualdade, autonomia e menor intervenção do Estado, pluralidade de formas de família, primazia da realidade e afetividade.

5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A família tem como um de seus objetivos a valorização da pessoa, auxiliando em seu desenvolvimento pessoal. Carmem Lúcia Antunes Rocha conceituou dignidade da seguinte forma:

dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal. (*apud* PEREIRA, 2012b, p. 115)

Como visto, a dignidade é inerente a cada pessoa e desta não se desvincula. Em interessante abordagem sobre o tema, Rodrigo da Cunha, muito bem ressaltou que “as coisas têm preço e as pessoas, dignidade”. Assim, se algo tem preço, pode ser substituído por outro equivalente, mas o mesmo não ocorre com a pessoa, pois possui dignidade, não possuindo equivalente (PEREIRA, 2012b, p. 117).

Deste modo, ao aplicar a norma jurídica, principalmente no campo do Direito de Família, os operadores do Direito devem antes pensar na pessoa humana, deixando de lado qualquer conceito antes formulado para conseguir obter a verdadeira justiça.

5.2 Princípio da igualdade

Muito se diz a respeito do princípio da igualdade, que todos são iguais perante a lei, que não há distinção entre homens e mulheres, nem entre raças, etc. Porém, o que é visto, muitas vezes, não corresponde ao discurso, pois há certa banalização do princípio.

Para efetividade deste princípio, há que se incluir no discurso da igualdade o respeito às diferenças. Somente acatando a existência de diferenças nos indivíduos será possível exigir igualdade, pois como alerta Rodrigo da Cunha, “se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar e reivindicar a igualdade” (PEREIRA, 2012b, p. 163).

Assim, aplicando o princípio da igualdade à união estável putativa, é mister que se analisem as diferenças comportamentais de cada indivíduo. O aplicador do Direito não pode se escusar da realidade de cada relação, pois, se a segunda convivente estava de boa-fé, a ela devem ser garantidos os mesmos direitos que à convivente da primeira relação.

5.3 Princípio da menor intervenção do estado

A própria Constituição Federal, no art. 226, explicitou o princípio da menor intervenção do Estado no Direito de Família. A nossa Carta Magna não primou pela intervenção nas relações familiares devido à liberdade que deve ser conferida a cada indivíduo e à importância que é a família para a sociedade e para o Estado.

Além disso, o Código Civil, em seu art. 1513, privilegiou a autonomia na seara do Direito de Família, aduzindo que é proibido a qualquer pessoa, de direito público ou privado, adentrar na comunhão de vida instituída pela família.

A intervenção do Estado tem a função de somente proteger a família, não devendo interferir, portanto, nas regras de cada grupo familiar.

No caso concreto, como na união estável putativa, por exemplo, deve-se conceder liberdade e autonomia para os indivíduos, respeitando e concedendo dignidade a cada pessoa no ato de julgar.

5.4 Princípio da primazia da realidade

O princípio da primazia da realidade está inserido no Direito do Trabalho e informa que “quando houver divergência entre o que ocorre na prática e o que consta de documentos formais, deve prevalecer os fatos, perdendo valor o pactuado quando suas cláusulas não corresponderem a realidade” (SÃO PAULO, 2011).

No que pese tal princípio ser aplicado à seara trabalhista, ele se subsume perfeitamente às relações afetivas do Direito de Família que são marcadas pelo informalismo e, em consequência, possuem maior dificuldade de provar suas alegações quando adentram o Poder Judiciário.

Deve ficar claro que o que se busca não é o reconhecimento indiscriminado de relações afetivas através de uma produção de provas incompleta e incapaz de definir o convencimento do juiz. Busca-se a verdade real. Neste sentido, o julgado:

Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidade e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. (MINAS GERAIS, 2008)

Aplicável é, portanto, ao instituto da união estável putativa, pois se há uma relação anterior já constituída e não dissolvida, para o STJ, não há possibilidade de aceitar como união estável a segunda união. Tal decisão é absurda se nos propusermos a fazer a conformação principiológica, pois, se há efetivamente a segunda união, e esta possui os requisitos necessários para ser identificada como união estável putativa, não há que ser improcedente tal pedido, como bem observado por Roberto Figueiredo.

Estas assim chamadas sociedades de fato, que acabam por receber tratamento de direito obrigacional inadvertidamente no Juízo Civil Comum, são efetivamente “de fato”. Porém, ante a primazia da realidade que ostentam, forte na noção afetiva que carregam, constituem realidade de família, em qualquer hipótese, merecendo a tutela constitucional que lhe é destinada. (FIGUEIREDO, 2006, p. 26).

Assim sendo, caso seja adotada a realidade fática como prioridade, os aplicadores do Direito irão encarar o Direito de Família sob outros olhos, voltados para o real.

5.5 Princípio da pluralidade de formas de família

No item 3, foi possível discorrer sobre as diversas formas de uniões existentes atualmente. Claro, portanto, está que o casamento deixou de ser a única entidade familiar possível. Isso porque a Constituição Federal ampliou o leque de modelos familiares ao expressar que a família goza de especial proteção do Estado.

No referido item, foram citados diversos tipos de formações familiares e cabe ressaltar que todas são merecedoras de proteção estatal já que a Carta Magna instituiu o Estado Democrático de Direito que “estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade” (PEREIRA, 2012b, p. 195).

A família plural também é pautada na garantia da liberdade e da igualdade, bem como pelo princípio da dignidade. Acatar o princípio da pluralidade de formas de família é imprescindível pois é necessário “o tratamento tutelar a todo agrupamento que, pelo elo de afeto, apresente-se como família, já que ela não é um fato da natureza, mas de cultura” (PEREIRA, 2012b, p. 195).

Nota-se, então, que tal princípio encontra ampla guarida na Constituição Federal, devendo ser aplicado ao caso concreto quando deparado com situações não habituais nas demandas do Direito de Família, ante a diversidade existente.

5.6 Princípio da afetividade

Quando é reconhecido o princípio da pluralidade de formas de família, simultaneamente reconhece-se o princípio da afetividade, como base da família.

As novas entidades familiares são formadas basicamente no afeto, enquanto o casamento, modelo mais tradicional, é pautado em questões de ordem religiosa, econômica e política.

Assim, necessário é que este modelo antiquado seja substituído pelo afeto familiar que, segundo concepção de Sérgio Resende de Barros (2012, p. 3) é aquele

afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.

Tendo em conta que a sociedade encontra-se na era da despatrimonialização do Direito Civil e a dignidade da pessoa humana tornou-se fundamento da República Federativa do Brasil, “toda a ordem jurídica focou-se na pessoa, em detrimento do patrimônio, que comandava todas as relações jurídicas interprivadas. Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa” (PEREIRA, 2012b, p. 213).

Deste modo, o princípio da afetividade leva a uma nova forma de encarar a formação familiar, tendo como foco principal o amor. A partir deste novo modelo adotado, adquirir patrimônio, por exemplo, não será primordial. O que se tem em questão é o afeto de família. Este sim formará a união visando o desenvolvimento pessoal e possibilitará também caso queira o grupo familiar, buscar questões religiosas ou econômicas.

Neste princípio, como em todos os outros mencionados, o instituto da união estável putativa merece tutela, já que é pautado somente em sentimentos isentos de má valoração por parte da convivente posterior. Esta, desconhecendo a real situação, envolveu-se acreditando estar formando uma família, quando, em verdade, estava sendo enganada pelo companheiro que mantinha entidade familiar simultânea.

6 Necessidade de reconhecimento da putatividade na formação da entidade familiar

Muito já foi discutido a respeito da necessidade de reconhecimento da união estável putativa, em razão do(a) companheiro(a) putativo(a) viver durante a união estável acreditando que seu(sua) parceiro(a) tem apenas uma união.

Alguns tribunais, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com entendimento inovador, acatam o entendimento de que é possível o reconhecimento simultâneo de entidades familiares, mesmo quando o(a) companheiro(a) sabe da existência paralela de outro(a) convivente. Assim entenderam na Apelação Cível nº

70021968433 (RIO GRANDE DO SUL, 2007) e, também na Apelação Cível nº 70012696068 (RIO GRANDE DO SUL, 2005), admitindo que ao Direito de Família atual não é permitido negar a existência de uma relação de afeto que se revestiu de caráter familiar.

Deste modo, presentes os requisitos do artigo 1723 do Código Civil para configuração da união estável, para estes Tribunais e também para alguns doutrinadores, como, por exemplo, Maria Berenice Dias (2012), é possível que se admita tais relacionamentos como entidades familiares.

É de todo descabido afastar do âmbito da juridicidade relação que atendeu a todos os requisitos legais, sob o fundamento de que mantinha o varão relacionamento simultâneo com outra pessoa. Esta tentativa de singelamente não ver a realidade, tentar apagá-la do âmbito do direito é atitude conservadora e preconceituosa, além de gerar injustiças e enriquecimento sem causa (DIAS, 2012, p. 5).

Tal tese aqui colacionada não é de toda correta, pois o Direito deve buscar a flexibilidade nos relacionamentos afetivos do Direito de Família moderno; entretanto, não há que ser tão permissivo sob pena de causar prejuízo ao(à) primeiro(a) companheiro(a) pela inexistência de boa-fé do(a) segundo(a) convivente.

Assim entendendo, seria como admitir que, ao Direito, independente de boa-fé, ou seja, que mesmo o(a) companheiro(a) sabendo que o(a) outro(a) é casado(a) ou mantém união estável, é permitido que se relacionem livremente de forma afetiva e, ainda mais, que esta relação surta efeitos no Direito de Família.

Entretanto, sendo certa a necessidade da boa-fé e da confiança nas relações, é extremamente impossível acatar tal entendimento, tornando possível que se reconheça outra situação, muito parecida, porém completamente diferente devem ser os efeitos jurídicos.

Trata-se da hipótese de tutelar a união estável concomitante quando, ao tempo de sua formação, existia boa-fé, ou seja, é o caso de alguém, depois de já viver em união estável com uma pessoa, se unir à outra e esta não ter conhecimento de que seu(sua) companheiro(a) mantinha união estável anterior.

Nesta hipótese, somente o início é marcado pela putatividade. Depois de configurada a união estável, esta terceira pessoa vem a descobrir a família constituída anteriormente.

Neste caso deve o Direito tutelar a boa-fé deste(a) convivente, que, em razão da união estável, já constituiu laços afetivos, construiu planos comuns e se envolveu na relação.

Então, não poderá o Direito negar reconhecimento a esta entidade familiar, devendo tais lides serem julgadas pela Vara de Família.

Acredita-se que aqui não está a privilegiar que alguém tenha dois relacionamentos, e sim tentar proteger a boa-fé do(a) companheiro(a) que constituiu união estável e depois veio a descobrir que seu(sua) companheiro(a) já havia constituído outra família anteriormente. Esta boa-fé é primordial para aceitabilidade de tal entendimento, pois caso fosse admitido o contrário, seria como dizer que inexistiu

um relacionamento dotado de afeto, negar a existência de desejo de constituição de família por parte do(a) convivente putativo(a).

Deste modo, visando proteger o desconhecimento da real situação e procurando responsabilizar quem deu causa a tal relação é que deve ser admitido pelos Tribunais que, existindo boa-fé do(a) convivente no momento da formação da união estável, tal entidade familiar deve ser reconhecida.

7 Conclusão

Diante da nova realidade na seara do Direito de Família já não é mais possível fechar os olhos para a grande diversidade das formações familiares, em especial, a união estável putativa.

Não há como pactuar com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pois, deste modo, haveria atribuição de penalidade ao(à) convivente putativo(a) que, como o próprio nome diz, não tinha conhecimento da real situação em que estava envolvido(a).

Entender como um dos nossos tribunais superiores entende significa retirar a dignidade deste(a) companheiro(a) putativo(a) que se dedicou a uma pessoa; que formou uma família como todos os vínculos inerentes a qualquer formação familiar; que construiu patrimônio; que em muitos casos, criou filhos; que se absteve da realização de projetos pessoais em prol do relacionamento existente.

E resta uma pergunta: em que esta relação difere da união estável? E a resposta não pode ser outra: em nada difere. No que tange aos requisitos para configuração da união estável em nada se diferenciam.

Sob este aspecto, deve prevalecer o princípio da primazia da realidade, priorizando a liberdade real em detrimento de formalismos.

O Superior Tribunal de Justiça tenta se esquivar com o argumento de que não é possível existir duas uniões estáveis concomitantes. E mais ainda: que, se não há separação de fato com o(a) primeiro(a) companheiro(a), não há como reconhecer como união estável o segundo relacionamento, mesmo que presentes todos os requisitos para tal configuração.

Não obstante incontestável saber jurídico dos Ministros do referido Tribunal, não há como acatar tal posicionamento, pois se há realmente a segunda união estável e esta permanece concomitantemente à primeira, qual o óbice para assim reconhecê-la?

Ficou provada neste trabalho a importância dos princípios do Direito Constitucional e Civil para entendimento do novo panorama do Direito de Família.

Assim, antes de apegar-se a clássicos entendimentos, é necessário ampliar a visão e, desimbuído de pensamentos preconceituosos, atentar para os novos rumos tomados pela sociedade.

Sabe-se que não é o Direito que dita a forma como a sociedade se comporta, e sim a realidade social. Ela é a responsável para que o Direito a acompanhe tutelando as mudanças comportamentais e sociais.

Deste modo, mister adotar os referidos princípios para que se tenha um justo julgamento.

Não há que indeferir pleitos referentes à união estável putativa, sem antes ter em análise os princípios do Direito Civil e Constitucional aplicados ao caso concreto.

Estes princípios, quais sejam, princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade, primazia da realidade, menor intervenção estatal, pluralidade de formas de família e afetividade, devem ser aplicados ante a inexistência de lei específica.

Não se pode esquecer a necessidade de acatamento por parte dos Tribunais da boa-fé do(a) convivente quando formada a união estável. Nestes casos, o Direito deve reconhecer a relação como entidade familiar, visando que não haja punição para aquele que inocente estava quanto à real situação de fato.

Cabe ressaltar que todas as formações familiares expostas neste trabalho merecem tutela. Como bem lembrado no artigo, inclusive a união homoafetiva, que encontrava grandes obstáculos para ser tutelada juridicamente, obteve êxito perante o mais alto tribunal do país, o Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, mais cabível, então, é que se reconheçam os direitos do(a) convivente putativo(a) e também daquela pessoa que formou entidade familiar de boa-fé, devendo a relação ser tratada como instituto do Direito de Família e não como sociedade de fato e, além do mais, o direito deste(a) convivente de ser sucessor(a) dos bens do(a) companheiro(a) assim como (o)a primeiro(a) convivente.

Para finalizar, cabe lembrar que o real culpado é aquela pessoa que provoca a situação de duas uniões concomitantes. Assim, ela deveria se responsabilizar. Não sendo possível, a penalidade não pode recair sobre o(a) convivente de boa-fé, já que sua intenção era a melhor possível.

Referências

BARROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto*. Disponível em:

<<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 02 out. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em: 23 ago. 2012.

BRASIL. *Lei nº 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>. Acesso em: 22 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADPF132/ADI 427*. Relator Ministro Ayres Britto, Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cível. *Recurso Especial Nº 789.293 - RJ*

(2005/0165379-8). Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=607260&sReg=200501653798&sData=20060320&formato=PDF>. Acesso em: 5 set. 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%E9rio%2C_bigamia_e_uni%E3o_est%E1vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 03 out. 2012.

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

FIGUEIREDO, Roberto. O Código Civil de 2002 e as Entidades Familiares. *Direito Convivencial: Uma Tentativa de Conformação Principiológica*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.17-31, 31 jul. 2006. Bimestral.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Cível. *Apelação Cível* nº 1.0017.05.016882-6/003. Relator Desembargadora Maria Elza. Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 5 out. 2012.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Cível. *Apelação Cível* nº 70043514512. Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 06 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 19 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Cível. *Apelação Cível* nº70021968433. Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, 06 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em 10 out. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Cível. *Apelação Cível* nº70012696068. Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre,

06 de outubro de 2005. Disponível em: <<<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>>. Acesso em 10 out. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. *Processo Trabalhista* nº 0023400-59.2008.5.02.0203. Relatora Desembargadora Ivani Contini Bramante. São Paulo, 03 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/>>. Acesso em: 02 out. 2012.