

CONJUGALIDADES SIMULTÂNEAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA DEPOIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N°66/2010.

SIMOULTANEOUS CONJUGALITIES IN JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF SANTA CATARINA AFTER CONSTITUTIONAL AMMENDMENT 66/2010

André Soares Oliveira*
Pedro Francisco Mosimann da Silva**
Guilherme de Melo Rossini***

RESUMO: O direito das famílias contemporâneo busca proteger os diversos arranjos familiares, tendo em vista a busca pela felicidade na família e a proteção da dignidade de seus membros. A legislação brasileira ainda impõe barreiras a determinados arranjos familiares, em especial as famílias oriundas de conjugualidades simultâneas. A presente investigação procurou demonstrar como o novo direito das famílias equaciona a realidade das conjugualidades simultâneas. Procedeu-se uma pesquisa bibliográfica em cotejo com análise jurisprudencial, tendo-se elegido o Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O resultado foi que o posicionamento legalista de rejeitar a simultaneidade ainda reverbera na jurisprudência. Contudo, os novos posicionamentos, que valorando o elemento da boa-fé, reconhecem a conjugualidade simultânea e estendem a elas a proteção do direito das famílias também estão presentes na jurisprudência do tribunal analisado.

ABSTRACT: *The contemporary Family Law seeks to protect the various family arrangements, with a view to the pursuit of happiness in the family and the protection of the dignity of its members. The Brazilian legislation still imposes barriers to certain family arrangements, especially families from simultaneous conjugalities. This research intended to demonstrate how the new family law deals with simultaneous conjugalities. A bibliographic research was performed along with a case law analysis of the Court of Justice of Santa Catarina. The result was that the legal position that rejects simultaneity still resounds on the case law. Notwithstanding, new understandings that promote good faith and recognize the simultaneous conjugalities, giving them the protection of the Family Law, also appear on the case law of the analyzed Court.*

PALAVRAS-CHAVE: Monogamia; Conjugualidades Simultâneas; Jurisprudência. **KEYWORDS:** Monogamy; Simultaneous Conjugalities; Case Law.

SUMÁRIO: Introdução 1. Monogamia e a formação de famílias paralelas. 1.1 Monogamia e o dever da fidelidade. 1.2 A tutela jurídica das famílias oriundas de conjugualidades simultâneas. 2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina depois da EC n°66/2011. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A tônica contemporânea do direito das famílias – frisando, nesta nova nomenclatura, o seu caráter plural – é a guia pela busca da felicidade. Não cabe mais ao Estado regular as relações familiares, no sentido de desenhar no Código Civil um molde de família a ser seguido e expurgar para a marginalidade tudo o que possa destoar.

A orientação hodierna é tutelar as relações familiares que se constroem, se conformam e se encerram na dinâmica da vida. Essa tutela, diferente de uma ideia de regulação, pauta-se

* Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

** Universidade Federal de Santa Catarina.

*** Universidade Federal de Santa Catarina.

pelo direito que cada membro da família tem de buscar nela a sua felicidade e orienta-se pela proteção da dignidade de cada membro.

Nesse viés, o direito das famílias se debate sobre a proteção das famílias decorrentes de simultaneidade de conjugalidades. A formação de famílias paralelas a uma família ‘oficial’ não é um fato novo na história da humanidade. No entanto, o direito – que sempre escondeu essa família, negando-lhe reconhecimento e, com isso, direitos – hoje é chamado a trazer essa família do limbo onde ela permaneceu durante tempos e tutelá-la de modo a garantir-lhe direitos enquanto tal.

Essa não é, todavia, uma tarefa fácil. O Código Civil ainda reflete o conceito que sustenta o modelo de família matrimonial como paradigma e condena as demais ao descaso. O caminho a ser trilhado fica a cargo de construções doutrinárias e jurisprudenciais que enxergam no art. 226 da Constituição um rol aberto para o reconhecimento e tutela de formações familiares outras que não a matrimonial.

O objetivo da presente investigação é demonstrar as propostas construídas pela doutrina para o reconhecimento das conjugalidades simultâneas pelo direito das famílias e sua aceitação pela jurisprudência. No caso, esse cotejo com a prática é feito tendo como referência o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A fim de melhor expor os resultados, este artigo divide-se em duas partes. Na primeira parte será debatida a tutela jurídica das famílias oriundas de simultaneidades conjugais no âmbito doutrinário, partindo de colocações breves e indispensáveis sobre a monogamia no ordenamento das famílias. Em seguida, procura-se estabelecer uma ponte entre o debate doutrinário e a prática dos tribunais, no caso, mediante uma análise da jurisprudência do tribunal catarinense em um período de três anos, a contar da Emenda Constitucional nº 66/2010.

1 MONOGAMIA E A FORMAÇÃO DE FAMÍLIAS PARALELAS

1.1 Monogamia e o dever da fidelidade

Dedicando-se ao tema da monogamia na origem da família, Pontes de Miranda (1971) demanda a existência, ao tempo, de três teorias que ele considera principais: teoria da monogamia originária, teoria da promiscuidade primitiva e teoria das uniões transitórias.

Segundo o civilista, a primeira teoria afirma que o amor entre os casados e o amor filial seriam dados psicológicos e, como tal, característica natural dos seres humanos. Contudo, os críticos desta teoria afirmam que ela confunde causa e efeito ao afirmar que esses tipos de amor somente seriam possíveis em contextos monogâmicos.

Para a segunda explicação, na ausência de interditos proibitivos, havia uma promiscuidade que foi sendo solapada primeiramente pelo matriarcado, depois pelo patriarcado, admitindo que um destaque socioeconômico da mulher no matriarcado levou à monogamia. A teoria das uniões transitórias afirma que macho e fêmea permanecem juntos apenas por um tempo, em especial quando do nascimento da prole, mas logo se afastam, sendo que observações zoológicas não dão suporte a essa teoria (MIRANDA, 1971).

Em que pese as investigações sobre sua origem, o corte da presente investigação é delimitar quando a monogamia entra no âmbito jurídico, em especial na seara do direito de família, aplicando-se às relações conjugais estabelecidas. Afinal, a monogamia tem uma carga jurídica, ou seja, ela se expressa no ordenamento para a formatação das famílias e, em especial, influencia no reconhecimento de relações familiares paralelas.

Refletindo um pensamento de outrora, mas que nem por isso deixa de reverberar fortemente ainda hoje, Pontes define que a monogamia é “o estado mais adequado, e, quiçá, o único compatível, no plano jurídico, com a solidariedade social e as demais condições humanas necessárias do aperfeiçoamento e do progresso humano” (MIRANDA, 1971, p.180).

Hoje, Dias (2013) sustenta que a monogamia não é um princípio do direito de família, mas apenas cumpre uma função ordenadora da estrutura familiar. A sua operacionalização decorre apenas da restrição a múltiplas relações matrimoniais, sendo que, de outro modo, a monogamia seria reflexo de uma prevalência da propriedade privada sobre um estado condominial e sua elevação a princípio produziria efeitos desastrosos.

No mesmo sentido, Ruzyk (2007) escreve que a monogamia ou poligamia são padrões de conduta socialmente institucionalizados e reproduzidos. Portanto, cabe à sociedade a reprovação dessas condutas, por meio de juízos morais, e não ao Estado. Pensar ao contrário seria fazer com que o Estado adentrasse o âmbito da família, onde deve prevalecer a liberdade para que as pessoas possam desenvolver suas potencialidades, seus planos de felicidade – partindo de uma concepção eudemonista de família –, tendo como limite apenas a dignidade dos outros membros do núcleo familiar. A legitimidade da imposição da monogamia pelo Estado exaure-se tão somente no impedimento de vínculos conjugais formais múltiplos.

Pereira (2012) reputa à monogamia o papel de princípio jurídico ordenador do direito de família ocidental. Como tal, salienta o autor, o seu anverso não está na infidelidade, como se pode erroneamente pensar, mas na poligamia – de onde decorrem arranjos familiares simultâneos. A proibição de relações extraconjugais está presente não apenas na monogamia, mas na poligamia também, já que a sua origem não está assentada no modo de organização da sociedade e suas entidades familiares, mas sim em um dever de fidelidade/lealdade entre cônjuges.

É o dever de fidelidade que agiria como interdito proibitivo para viabilizar a organização familiar de uma determinada sociedade, seja ela poligâmica ou monogâmica. Esse dever expressa a noção que os cônjuges pertencem um ao outro, sendo reputado um dos efeitos mais importantes do casamento (GOMES, 1981). Contudo, mesmo hoje o dever de fidelidade, segundo alguns autores (TEIXEIRA, RODRIGUES, 2010), poderia sofrer mitigações por meio, por exemplo, do pacto antenupcial onde os cônjuges poderiam transigir sobre a sua prática e extensão.¹

No sentido de impor vedações que tutelam a monogamia – ou o impedimento de mais de uma conjugalidade formal – o Código Civil traz em seu bojo o impedimento do casamento de pessoas casadas (art. 1521, VI) e a extensão de sua aplicação para o reconhecimento de união estável (art. 1723, §1º).

1.2 A tutela jurídica das famílias oriundas de conjugalidades simultâneas

Considerando que a monogamia se apresenta apenas como uma função ordenadora do direito de família, ao Estado não deve ser conferido o poder de regular como as pessoas devem relacionar-se no âmbito de suas famílias. Aqui encontra espaço uma nova orientação do direito das famílias contemporâneo onde os seus membros são estimulados a buscar a

¹ É interessante notar a compreensão do dever de fidelidade mediante uma pesquisa rápida pelo repositório de jurisprudência no sítio eletrônico de alguns dos principais Tribunais de Justiça do país. Julgado recente do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação nº 4001340-67.2013.8.26.0223) consigna que a jurisprudência entende que a inobservância do dever de fidelidade não constitui ato ilícito, não gerando dever de indenizar pela ausência de previsão legal. Entretanto, outro acórdão do mesmo tribunal se detém mais sobre o conteúdo jurídico do dever de fidelidade e sua violação. Na Apelação n.º 9095818-45.2008.8.26.0000, o relator afirma que, no casamento, os cônjuges devem preservar a integridade um do outro, sob pena de serem responsabilizados. Contudo, observa o relator que a violação do dever de fidelidade não gera, por si só, dano moral indenizável, sendo imperiosa a caracterização do dano, da conduta lesiva e do nexo de causalidade entre ambas mediante contundente produção de provas.

felicidade em meio ao núcleo por eles formados – decorrente dos mais variados laços, considerando a base plural de famílias que a Constituição Federal consagrou no art. 226.

Essa visão eudemonista das formações familiares e da própria estruturação do direito das famílias contemporâneo não pode, em momento algum, ser pensado no viés de uma busca individual de felicidade, ou seja, não se trata de uma busca egoísta. Na verdade, a busca da felicidade como propulsor dos hodiernos arranjos familiares encontra seu limite exato no respeito à dignidade dos demais membros.

Sobre essa nuance eudemonista do novo direito das famílias, deve-se tem em mente que:

[...] a busca pelo eudemonismo decorre daquela convivência interpessoal marcada pela afetividade e pela solidariedade mútua e que se estabelece, normalmente, dentro de ambientes considerados familiares, pelas novas visões do que sejam entidades familiares [...] a família se idealiza e se constrói por meio de uma entidade que se alicerça na afetividade e que tem, como causa final, a busca pelo projeto pessoal de felicidade de cada um de seus membros (HIRONAKA, 2012, p.7-8).

Nessa busca, um membro de um núcleo familiar calcado na conjugalidade pode empreender a busca por uma nova conjugalidade e formar um novo núcleo familiar: uma família paralela. O que o direito deve fazer nessas situações? Jogar para debaixo do tapete a realidade de pessoas que buscam a felicidade e negar aos envolvidos qualquer tutela jurídica ou abraçar esse fato e procurar compreendê-lo e tutelá-lo à luz da dignidade da pessoa no seu mais alto grau?

Na presente investigação, é importante frisar que o foco encontra-se nas famílias paralelas oriundas da simultaneidade de vínculos conjugais que concorrem entre si, matrimonial e de união estável. É importante deixar isso claro porque o fenômeno das famílias paralelas origina-se não apenas nas conjugalidades simultâneas, mas:

São inúmeras as possibilidades concretas de verificação de famílias simultâneas: desde a bigamia típica até a pluralidade pública e estável de conjugalidades; desde a situação que envolva filhos de pais separados, que mantém os vínculos de afeto e convivência com ambos os pais, até a situação de pessoas divorciadas ou separadas que constituem novas famílias nucleares por um novo casamento ou união estável, mantendo o vínculo com a prole resultante da primeira união; ou, ainda, netos que convivem entre o núcleo formado com seus pais e vínculos de convivência continua com seus avós, para citar apenas algumas configurações possíveis (RUZYK, 2007, p.27).

Fundamentado na compreensão de monogamia enquanto vedação de conjugalidades paralelas, formais e informais, o Código Civil não traz nenhuma menção acerca do

reconhecimento de famílias oriundas da simultaneidade de conjugalidades. Deste modo, a lei torna essas relações paralelas, seja ao casamento ou à união estável, invisíveis e denomina de concubinato as “relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar” (art. 1727).

O não reconhecimento de efeitos jurídicos ao concubinato termina por premiar aquele que é infiel, ressalta Dias (2013). O não reconhecimento implica em nenhuma responsabilidade no âmbito de direito de família – obrigação alimentar, e.g. – já que tudo se resolve no plano do direito das obrigações, onde ele ainda pode sair numa situação de enriquecimento injustificado.

A origem de um tratamento jurídico diferenciado ao concubinato², segundo Pereira (2012), remonta à França de 1883, quando foram partilhados bens adquiridos em um concubinato. No Brasil, o marco inaugural é em 1964 por meio da súmula 380 do STF, que depois de cinco precedentes desde 1947, declarou que “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. De fato, essa súmula (PEREIRA, 2012, p.142)

trouxe elementos importantes para a compreensão da distribuição do direito, principalmente ao fazer a diferenciação entre concubinato, sociedade de fato e esforço comum, embora o assunto tenha continuado, até o final da década de oitenta sendo discutido no âmbito do direito obrigacional.

No Recurso Especial nº 1.157.273 – RN, de 2009, a Ministra Nancy Andrighi ponderou sobre um caso em que se pleiteava a divisão de pensão por morte fundado na concomitância de uniões estáveis do *de cuius*, decidindo pelo não rateio. De fato, a seara previdenciária é uma das que mais se vê diante dessas questões, onde o efeito jurídico é a divisão do benefício. No mencionado acórdão, a Ministra consigna como a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, ao tempo, apresentava posicionamentos divergentes sobre a divisão ou não do benefício.

Hoje a questão encontra-se para decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 669.465/ES, que debate sobre o rateio de uma pensão previdenciária, sendo que o *de cuius* viveu por 20 anos em família paralela. O

² Deve-se esclarecer o que se entende por concubinato ao longo deste texto. Primeiramente, concubinato era compreendido como relação entre homem e mulher fora do matrimônio. Puro era o concubinato constituído na ausência de impedimentos para o casamento e que, mais tarde, será denominado de união estável. Impuro era a concubinato entre pessoas impedidas de casar. Hoje, o termo concubinato que o Código Civil traz – e que esta pesquisa utiliza - refere-se apenas ao outrora denominado concubinato impuro.

Ministro Luiz Fux ressalta que o tema – extensão de direitos previdenciários a famílias paralelas – não é uma novidade no STF, entretanto não se consolidou nenhuma orientação jurisprudencial na Corte, justificando a Repercussão Geral.

De fato, são três os posicionamentos consolidados na doutrina e na jurisprudência sobre o tema da simultaneidade de conjugalidades ensejando famílias paralelas. O primeiro provém da Súmula 380 do STF e consubstancia o entendimento mais ortodoxo acerca do concubinato, outrora denominado impuro. Não se trata de entidade familiar, não sendo conferida nenhuma proteção do direito de família, sendo o remédio judicial indicado uma ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, a cargo da vara cível, onde serão partilhados os bens adquiridos pelo esforço comum (TARTUCE, SIMÃO, 2012).

Contrária a esse posicionamento, Dias (2013) afirma que as uniões paralelas sinalizariam uma crise da monogamia, já que em nome desta se nega àquelas o *status* de família, relegando-as ao direito das obrigações. Essas uniões não se tratam de sociedades de fato – aplicada analogicamente para dirimir o conflito – por eles não se uniram para isso, faltando a *affectio societatis*.

Não poucos juristas defendem um papel essencial à boa-fé objetiva na caracterização e reconhecimento de famílias paralelas decorrentes de conjugalidades simultâneas. Farias e Rosenvald (2012), por exemplo, sustentam uma aplicação analógica do casamento putativo para delimitar os efeitos de conjugalidades paralelas. Nesse caso, proteger-se-ia aquele que participou da relação afetiva de boa-fé, ignorando que sobre o outro pesava um impedimento (um casamento ou união estável).

Contudo, alguns doutrinadores colocam objeções à hipótese de aplicação analógica do casamento putativo. A primeira seria que união estável e casamento são institutos diversos, não podendo ser equiparados e assim teria desejado a própria Constituição Federal, ao estabelecer que a união estável se converta em casamento – se fossem idênticos, não haveria necessidade de conversão. Além disso, seria necessário provar qual conjugalidade começou primeiro, para determinar as putativas. Contudo, essa parece, na visão desses mesmos juristas, ser ainda a melhor solução para o caso (TARTUCE; SIMÃO, 2012).

Mesmo assim, dando ênfase ao papel da boa-fé na decisão sobre simultaneidades conjugais, Ruzyk (2007, p.37) esclarece que

quando o companheiro daquele que se encontra em situação de simultaneidade familiar não tem o conhecimento acerca da existência de outro núcleo, a ele

simultâneo e anterior, não será logicamente possível supor, de sua parte, a violação de deveres inerentes à boa-fé.

A boa-fé aparece como elemento central para o reconhecimento pleno da situação de simultaneidade familiar decorrente de múltiplas conjugalidade. Ruzyk (2007) escreve que se trata da boa-fé objetiva (princípio de conduta), o que não exclui a boa-fé subjetiva (estado de ignorância) na apreciação do caso concreto. Com base nela existem deveres decorrentes da simultaneidade, impostos à pessoa que se faz presente em mais de uma entidade familiar (dever de transparência, dever de lealdade etc.). Por isso mesmo, aquele que viola a boa-fé não pode ser contemplado com efeitos benéficos da simultaneidade.

Farias e Rosenvald (2012) ainda reforçam que, mesmo quando todos os sujeitos envolvidos na relação estão cientes de tudo, não há porque tratá-las eventualmente à luz do direito das obrigações, onde uma das pessoas com quem se estabelecia vínculo conjugal simultâneo sairá prejudicada. Ruzyk (2007) comenta que, para o pleno atendimento da boa-fé, ideal é aquela situação em que todos os envolvidos na simultaneidade estão conscientes dela.

Um último posicionamento, defendido por Dias (2013), é de que a perquirição de boa-fé como requisito para o reconhecimento da simultaneidade conjugal não é um requisito essencial, sendo que, em qualquer situação em que se configure a simultaneidade, deve ser garantido o reconhecimento como entidade familiar.

É importante frisar que para o reconhecimento das famílias oriundas de conjugalidade simultâneas é necessário o preenchimento de alguns requisitos. Isso significa que não é qualquer relacionamento que está apto a implicar na formação de uma entidade familiar. Ruzyk (2007) lembra que nem sempre conjugalidade implica em entidade familiar. Na mesma esteira, Ferrarini (2010) coloca como requisitos a afetividade, a estabilidade e a ostentabilidade, essenciais para a configuração da entidade familiar.

2 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA DEPOIS DA EC Nº66/2011³

O Tribunal catarinense, até por volta de 2010, refletia majoritariamente o entendimento de que não haveria proteção do direito pessoal de família às conjugalidades simultâneas, denominadas de relações concubinas, mas tão-só o reconhecimento de sociedade de fato, quando envolvidos bens. Contudo, uma situação especial permitia reconhecer a união estável nesses casos, qual seja, a separação de fato ou judicial do impedido, de acordo com a previsão legal do Código Civil (art.1723,§1º).

Com a incorporação de novas tendências sobre o tratamento das relações extramatrimoniais debatidas na doutrina e presentes noutros tribunais da federação, o referido Tribunal flexibilizou, além do texto legal, a premissa de que o vínculo matrimonial ou de união estável preexistente inibe a possibilidade de constituição concomitante de união estável.

Nesse sentido, foram mantidas as duas posições mencionadas e foi acrescida outra, passando-se a adotar três diferentes correntes conforme o caso: 1) a consolidação do antigo entendimento de não se reconhecer a união estável, relegando do direito das obrigações uma eventual tutela da situação; 2) o reconhecimento de união estável putativa, quando a (o) concubina (o) não sabia ou não tinha como saber da existência do vínculo precedente; e 3) o reconhecimento de união estável, quando constatada a separação de fato na relação matrimonial ou estável, independentemente de ânimo.

São três desdobramentos que decorrem do prestígio que o Direito vem garantindo ao indivíduo de boa-fé e à situação fática em detrimento do que formalmente estabelecido.

Identifica-se, portanto, que o elemento subjetivo é determinante na segunda hipótese mencionada, pois o conhecimento da relação preexistente presume a má-fé do concubino, caso em que apenas o direito obrigacional viria em seu socorro; enquanto a ignorância do vínculo só pode presumir a boa-fé, já que o concubino aí acredita poder concretizar todos os

³ Os resultados jurisprudenciais foram obtidos mediante pesquisa no sítio http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#formulario_ancora, utilizando-se dos critérios de 'abrangência da busca: ementa; pesquisa em: Acórdãos do Tribunal de Justiça; procurar resultados com a expressão: concubinato; período entre 13.07.2010 e 13.07.2013'. Os resultados são de 30 acórdãos entre apelações cíveis (26), agravos de instrumento (2), apelação cível em mandado de segurança (1) e embargos infringentes (1). Desse universo de acórdãos, foram considerados apenas 24, por serem mais representativos, por melhor simbolizarem as oscilações jurisprudenciais, por trazerem termos ideológicos marcantes e por abrangerem casos em circunstâncias diversificadas.

objetivos da união com a companheira, e é frustrado, posteriormente, ao tomar conhecimento da relação precedente.

Como terceira situação, pode-se perceber a valorização do elemento objetivo, ou seja, não é a boa ou má-fé dos envolvidos que definirá a situação, mas um acontecimento de ordem prática que permitirá o reconhecimento da união estável paralela a um matrimônio anterior: a separação de fato. Isto porque, apesar de o vínculo conjugal ainda subsistir, já não há mais a convivência do casal, não havendo óbice à formação de novas famílias.

Sobre o primeiro posicionamento, e que predominou quase que solitariamente até meados de 2010 na Corte catarinense, tem-se emblemático o julgado EI 2010.007298-5, de relatoria do e. Desembargador Fernando Carioni, o qual retrata a visão que tornava imaleável o requisito da ausência de impedimento matrimonial para a configuração de união estável aos casos de concubinato. É notório que os termos empregados têm lastro numa concepção mais conservadora e tradicionalista das instituições. O desembargador consiga ao longo do seu voto que o reconhecimento de pluralidade de relações seria uma violência à entidade familiar. Essa situação, sustenta o julgador, fere a moral social e impede a observância de deveres de respeito e fidelidade inerentes ao casamento.⁴

Ainda sobre a argumentação utilizada para fundamentar estas decisões, é marcante a associação direta que se faz entre o princípio da fidelidade e a prática da monogamia. Inobstante a formação de novos arranjos familiares, antes só ilustrativos da doutrina, mas que já aparecem hoje nos tribunais, o que prevaleceu foi o entendimento de que a relação conjugal só pode se compor de dois integrantes, cada qual tendo o dever de não estabelecer outro vínculo dessa natureza com outrem, conforme julgado abaixo:

Acrescenta-se que uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade e de lealdade, para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e por consequência, desleais. Lembre-se que o núcleo familiar contemporâneo tem como finalidade a busca da felicidade e da realização de seus integrantes. (TJSC, Apelação

⁴ Outras decisões que também não reconheceram a união estável e consolidam o posicionamento 1: AR n. 2006.042279-2, de Joinville, Rel. Des. Victor Ferreira, j. em 18/2/2010; AC n. 2008.052694-8, de Sombrio, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 26/8/2010; AC n. 2010.048298-0, da Capital, Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. em 3/3/2011; AC n. 2010.082789-2, de Gaspar, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. em 12/5/2011; AC n. 2008.009377-9, da Capital, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j em 3/11/2011; AC em MS n. 2011.082571-2, da Capital, Rel. Des. Ricardo Roesler, j. em 27/3/2012; AC n. 2011.093260-8, de Ascurra, Rel. Des. Cinthia Schaefer, j. em 17/5/2012; AC. 2011.052999-9, de Armazém, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 20/3/2012.

Cível n. 2009.064740-3, de São José, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 12/8/2010).⁵

De fato, não se pode confundir o dever de fidelidade, inscrito no Código Civil, com a opção pelo vínculo monogâmico. Aquele deve ser entendido como sendo a necessária transparência que devem ter os cônjuges entre si sobre seus atos, nada impedindo, porém, que reestruturem sua relação conjugal, de modo a abranger um terceiro. Por isso não se descarta a possibilidade de formação de uma relação una, composta de três ou mais membros, em que reine a fidelidade, porém inexista a monogamia.

Outro ponto a destacar é o entendimento de que, para se reconhecer a união estável, é necessária a intenção de se constituir família, o que se apresenta bastante plausível, já que a formação de uma conjugalidade simultânea implica no desejo de formar família, não se caracterizando apenas em um relacionamento eventual, normalmente de cunho sexual. Contudo, condiciona-se este objetivo ao respeito do princípio da monogamia, como se o vínculo precedente obstasse o êxito do ulterior:

Não se pode afirmar, no entanto, sem ferir irremediavelmente o princípio da monogamia, segundo o qual se organiza toda a sociedade ocidental e da mesma forma o direito de família vigente, que havia a intenção de constituir outra família paralela com a concubina. A intenção de constituição de família é o elemento anímico sem o qual não se consegue inferir verdadeira seriedade de propósitos, tão elementar para a caracterização de relação que se pretenda similar ao casamento. (TJSC, Apelação Cível n. 2008.015363-5, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Ronei Danielli, j. em 16/6/2011).⁶

A par desse posicionamento, existem situações em que o elemento subjetivo dos envolvidos poderá alterar o tratamento jurídico dado ao concubinato. Verificada a boa-fé do terceiro, que aqui se entende ser o desconhecimento da relação matrimonial precedente, reconhece-se, no caso, a união estável putativa. Esse é o segundo posicionamento presente no Tribunal catarinense que vem marcando presença nas suas decisões:

1) Embora seja predominante, no âmbito do direito de família, o entendimento da inadmissibilidade de se reconhecer a dualidade de uniões estáveis concomitantes, é de se dar proteção jurídica a ambas as companheiras em comprovado o estado de recíproca putatividade quanto ao duplo convívio com o mesmo varão, mostrando-se justa a solução que alvitra a divisão da pensão derivada do falecimento dele e da terceira mulher com quem fora casado. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.041434-7, de Lages, Rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 10/11/2011).

⁵ No mesmo sentido: AC n. 2011.025058-2, de Joinville, Rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 23/5/2013.

⁶ No mesmo sentido: AC n. 2011.003472-0, de Balneário Piçarras, Rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 3/5/2012; AC n. 2012.006413-5, de Itajaí, Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. em 11/10/2012; AC n. 2012.003600-2, de Camboriú, Rel. Denise de Souza Luiz Francoski, j. em 25/6/2013.

2) Ademais, não fosse assim, poder-se-ia aplicar a tese da união estável putativa, que resguarda o companheiro de boa-fé, aquele que acredita, e tem fundados motivos para acreditar, que a relação mantida com o outro é séria, exclusiva, estável e duradoura, sendo que a ele todos os direitos e prerrogativas decorrentes da união estável são aplicáveis. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.044210-9, de Içara, Rel. Des. Ronei Danielli, j. em 28/7/2011).

Valoriza-se, desta forma, o entendimento de vanguarda, consectário da teoria da aparência, já sustentado de muito pela doutrina, que não deixa desamparado quem não podia saber mais do que diz a aparência dos fatos, conforme trecho de acórdão citado anteriormente:

Aliás, o reconhecimento da união estável putativa, no âmbito do ordenamento jurídico, como bem salientado pelo Magistrado sentenciante, advém da aplicação analógica — adotada pela grande maioria dos doutrinadores pátrios — do casamento putativo (art. 1.561 do CC), instituto protetivo da boa-fé ostentada pelo cônjuge perante o estado de ignorância sobre a causa de invalidade do matrimônio, não podendo ser prejudicado pelo comportamento reprovável daquele com quem convolou núpcias, devendo ser-lhe conferidos todos os efeitos legais previstos à união válida.

A união estável putativa, então, pode ser reconhecida no tocante à parte que manifesta boa-fé, inclusive sob concomitância de segunda união ou prévio casamento do outro convivente, sendo, pois, protegida e regulada pelo direito de família, que a identifica como entidade familiar para todos os efeitos pertinentes à situação jurídica do convivente decoroso. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.041434-7, de Lages, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 10/11/2011).⁷

Do contrário, se ficar provado que o concubino sabia do vínculo anterior, ele não tem a mesma proteção:

ACÇÃO DE ALIMENTOS. SENTENÇA INDEFERINDO A INICIAL E JULGANDO EXTINTO O PROCESSO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, NOS TERMOS DOS ARTS. 295, INCISOS II E III E 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TÉRMINO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. CONCUBINO SABIDAMENTE CASADO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1723, CAPUT E §1º E 1727 DO CÓDIGO CIVIL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Relação afetiva caracterizada como concubinato, conforme dicção do artigo 1727 do Código Civil de 2002, não enseja obrigação alimentar por seu término. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.003872-1, de Blumenau, Rel. Des. Ronei Danielli, j. em 20/9/2012).⁸

Apesar de atualmente estar pacificado este entendimento, é possível encontrar julgados de 2010 do TJSC em que a condição anímica foi ignorada, conforme pode ser constatado dos trechos do seguinte acórdão:

⁷ No mesmo sentido do posicionamento 2: AC n. 2008.005092-0, de Balneário Camboriú, Rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 14/7/2011 e AI 2012.004122-3, de Laguna, rel. Des. Ronei Danielli, j. em 16/8/2012.

⁸ No mesmo sentido: AC. 2011.087999-7, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 16/2/2012.

Em seu apelo, C. de B. sustenta ter vivido em união estável com O. A. durante cerca de treze anos, ignorando completamente a existência de casamento anterior.

[...]

Sob análise os depoimentos transcritos, verifica-se, facilmente, inexistir vida em comum entre a autora e o réu, voltada à constituição de uma nova família. O que, eventualmente, existiu foi um affair entre ambos que, apesar de longo, jamais perdeu seu caráter furtivo ou de clandestinidade, mesmo porque o apelado permaneceu casado durante todo o período em que se relacionou com a apelante. Destarte, não há clima propício ao reconhecimento da existência da união estável orientada na direção de formar família. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.043858-5, de Joinville, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 25/11/2010)

A terceira hipótese, então, seria o caso em que existe uma relação paralela ao vínculo matrimonial ou de união estável, porém a sociedade conjugal já foi rompida. Percebe-se que aí não influencia o elemento subjetivo, não se falando em boa ou má-fé. O quadro fático, por si só, sustenta a possibilidade de se reconhecer a união estável, quando vislumbrada a separação de fato ou judicial, pois o elemento objetivo supre as exigências formais para a caracterização da união.

Esta orientação pode ser constatada nos seguintes votos:

1) Desse modo, no caso em tela constata-se, ao exame do conjunto probatório, que, mesmo havendo impedimento para o casamento (matrimônio anterior não dissolvido legalmente), ocorreu a ruptura fática da relação marital, o que tornou plenamente possível a formação de união estável, nos termos da fundamentação suso expedida. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.024465-1, de São João Batista, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. em 22/9/2011).

2) [...] o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que: Não se tem como óbice ao reconhecimento de união estável e ao deferimento de pedido de percepção de pensão, a manutenção por quaisquer dos companheiros de vínculo matrimonial formal, embora separado de fato há vários anos. A Constituição da República, bem como a legislação que rege a matéria, têm como objetivo precípuo a proteção dos frutos provenientes de tal convivência pública e duradoura formada entre homem e mulher - reconhecida como entidade familiar -, de forma que não tem qualquer relevância o estado civil dos companheiros. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.025095-6, de Fraiburgo, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. em 13/6/2013).⁹

Isto, na verdade, decorre da própria lei civil, que no parágrafo primeiro do art. 1.723, do Código Civil estabelece que “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”, levando-se em conta que o art. 1.521, inciso VI, determina que “não podem casar as pessoas casadas”.

⁹ No mesmo sentido do posicionamento 3: AC n. 2012.075655-1, de São José, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 16/5/2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento judicial das conjugalidades simultâneas, conferindo a elas a proteção do Direito das Famílias, nada mais é que o reconhecimento da autonomia individual e, concomitantemente, a imposição de responsabilidade àquele que deseja viver dessa forma, sabendo que não poderá valer-se de uma situação anterior (casamento ou união estável) para fugir às obrigações familiares.

Ante o exposto, fica evidente que a discussão doutrinária encontra ressonância na prática dos tribunais, no caso em análise, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No caso do tribunal, foi privilegiado o elemento subjetivo, a boa-fé, que antes era excluída da interpretação literal do Código, para estender a proteção do Direito das Famílias.

A exigência da boa-fé, caracterizada apenas quando, no caso, o concubino acredita que o outro não possui nenhum vínculo impeditivo para a formação de uma conjugalidade, representa um avanço no reconhecimento das conjugalidades simultâneas em relação ao posicionamento mais conservador. Contudo, a exigência do desconhecimento afasta da proteção do direito de família as situações hodiernamente denominadas de poliamor.

Os casos examinados tiveram suas peculiaridades respeitadas e, de modo geral, o julgador procura ser muito cuidadoso e criterioso no reconhecimento das conjugalidades simultâneas. Contudo, a permanência de posicionamentos desfavoráveis ao reconhecimento demonstra a persistência de uma confusão entre monogamia e fidelidade.

“Omnia Vincit Amor et nos cedamus amori”¹⁰, diz Virgílio nas Bucólicas. Acreditando que realmente o amor vence tudo e a ele as pessoas são impelidas a renderem-se, deve-se procurar que também o direito renda-se ao amor e não espere, ao contrário, que o amor seja subjugado pelo direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. *Repercussão Geral no Recurso Especial n° 669465/2012*. Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS versus Shirley Maria da Penha Bussular. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 de março de 2012. Disponível em: < <http://goo.gl/2IdCA>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

¹⁰ “O amor vence tudo, rendamo-nos ao amor!”, numa tradução livre.

DIAS, M.B. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. v. 6. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

FERRARINI, L. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca de dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

HIRONAKA, Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 9, n. 50, p. 5-21, set./out. 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial: Direito de Personalidade, Direito de Família: Direito Matrimonial (Existência e Validade do Casamento)*. Tomo VII. 3. ed. Rio de Janeiro: Bolsoi, 1971.

PEREIRA, R. da C. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUZYK, C.E.P. Famílias Simultâneas e Monogamia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 390, p. 27-43, mar./abr. 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Grupo de Câmaras de Direito Civil. *Embargos Infringentes n. 2010.007298-5, da Capital*. I. P. versus E. D. B. de A., A. V. D. B. de A. e C. D. B. de A. Relator: Desembargador Fernando Carioni. Julgado em 08 de setembro de 2010. Disponível em: <http://goo.gl/lqjyQ>. Acesso em: 10. jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara de Direito Civil. *Apelação Cível n. 2009.041434-7, de Lages*. M. S.D. G. e outros, A. das G. S. versus I. O. da S. Relator: Desembargador Eládio Torret Rocha. Julgado em 10 de novembro de 2011. Disponível em: <http://goo.gl/DXr9F>. Acesso em: 06. jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. *Quarta Câmara de Direito Civil. Apelação Civil nº 2012.025095-6, de Fraiburgo*. A. C. P., versus E. T. C. Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller.



Julgado em 13 de junho de 2013. Disponível em: < <http://goo.gl/rxEAP>>. Acesso em: 18. jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara de Direito Civil. *Apelação Cível n. 2010.043858-5, de Joinville*. C.de B. versus O. A. Relator: Desembargador Luiz Carlos Freyesleben. Julgado em 25 de novembro de 2010. Disponível em: < <http://goo.gl/qiuit>>. Acesso em: 15. jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara de Direito Civil. *Apelação Cível n. 2009.064740-3, de São José*. I. L. da R. versus M. da G. S. de B. Relator: Desembargador Nelson Schaefer Martins. Julgado em 12 de agosto de 2010. Disponível em: < <http://goo.gl/amgXG>>. Acesso em: 08. jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara de Direito Civil. *Apelação Cível n. 2011.024465-1, de São João Batista*. C. R. da S versus J. G. M. Relator: Desembargador Stanley da Silva Braga. Julgado em 22 de setembro de 2011. Disponível em: < <http://goo.gl/IyDe9>>. Acesso em: 15. jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara de Direito Civil. *Apelação Cível n. 2008.015363-5, de Jaraguá do Sul*. M.de F. F. C. versus E. A. L. Relator: Desembargador Ronei Danielli. Julgado em 16 de junho de 2011. Disponível em: < <http://goo.gl/LO9mx>>. Acesso em: 10. jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara de Direito Civil. *Apelação Cível n. 2012.003872-1, de Blumenau*. Z.S. W. versus N. S. Relator: Desembargador Ronei Danielli. Julgado em 20 de setembro de 2012. Disponível em: < <http://goo.gl/ANIO8>>. Acesso em: 12. jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara de Direito Civil. *Apelação Cível n. 2011.044210-9, de Içara*. A. P. de J. versus P. M. Relator: Desembargador Ronei Danielli. Julgado em 28 de julho de 2011. Disponível em: < <http://goo.gl/o5FoY>>. Acesso em: 08. jun.2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. v. 5. 7. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TEIXEIRA, A. C. B.; RODRIGUES, R. de L. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

Submissão: 07/03/2014
Aceito para Publicação: 01/07/2014