



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

ALEX MARTINS MONTEIRO

**UM OLHAR PRINCIPIOLÓGICO DA FIDELIDADE
COMO REQUISITO PARA O RECONHECIMENTO DA
UNIÃO ESTÁVEL**

Juiz de Fora - MG

Novembro de 2014

ALEX MARTINS MONTEIRO

**UM OLHAR PRINCÍPIOLÓGICO DA FIDELIDADE
COMO REQUISITO PARA O RECONHECIMENTO DA
UNIÃO ESTÁVEL**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de “Bacharel em Direito” e aprovada pelo (a) orientador (a):

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello
Curso de Direito - UNIPAC

Juiz de Fora - MG
24/11/2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

Alex Martins Monteiro

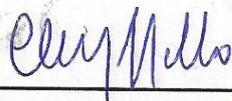
Aluno

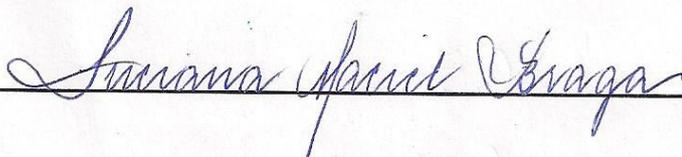
Um Olhar Principiológico da Fidelidade como
requisito para o Reconhecimento da União Estável

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA







Aprovada em 24/11 / 2014.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me deu a vida, que sempre me mostrou os caminhos a serem trilhados.

Ao meu grande ídolo, meu pai, por me ensinar a lutar com integridade, não temer nunca e ser leal em todas as relações.

Ao tio Waltamir, grande exemplo, responsável pela minha investida na carreira jurídica.

A Lara, por se tornar minha grande companhia na vida e nos estudos diários, dedicando seu tempo para colaborar na realização dos meus projetos existenciais, você é a demonstração do cuidado de Deus com a minha vida.

Ao meu filho Gabriel, por entender minha ausência e ser meu grande amigo, você é a concretização dos meus sonhos.

À minha mãe, por não medir esforços em colaborar e por ser a melhor vó-mãe do universo, você é e sempre será fundamental na minha vida.

À minha irmã Aline pela torcida e emoção que me ajuda a crescer.

Ao irmão Klaus, pela torcida, lealdade e disponibilidade.

Aos queridos João e Gustavo Mendes, pela amizade e confiança profissional.

A Eliana, amiga de todos os momentos, esteio em diversos momentos da minha vida.

Ao meu grande orientador jurídico, Dr. Cleyson de Moraes Mello, o senhor é o grande responsável pelo meu DNA jurídico, um grande exemplo.

A minha coordenadora, Luciana Maciel, que em cada dificuldade, foi a propulsora para que chegasse esse momento tão sonhado.

Aos mestres, por estarem sempre a disposição.

Aos meus amigos de turma, pelo companheirismo e amizade.

Muito obrigado a todos que colaboraram para a concretização desse trabalho.

“A dignidade da pessoa humana, na sua expressão mais essencial, significa que todo indivíduo é um fim em si mesmo. Não deve, por essa razão, servir de instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos ou à realização de metas coletivas”

(Luis Roberto Barroso)

RESUMO

O presente estudo tem o condão de debater a necessidade da fidelidade no reconhecimento da união estável, trazendo uma análise principiológica sobre o tema, buscando um avanço que tutele os indivíduos. A partir do conceito da união estável, podemos apreender os seus elementos essenciais, que são: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituir família. A grande questão encontra-se nos deveres inerentes aos companheiros, sendo o foco desse estudo, o debate da lealdade. Diversos autores entendem que a fidelidade, fruto da lealdade e do respeito, deve ser tratada como valor absoluto, motivando a negativa do reconhecimento da união estável de pessoas que convivem com mais um companheiro. A partir disso, fazemos uma leitura emanada da dignidade da pessoa humana, que confere aos indivíduos liberdade para fazerem suas escolhas existências, sendo responsáveis por essas. Trata-se da ponderação entre a *autonomia existencial* e a *intervenção mínima* do estado no direito de família.

Palavras chave: União Estável – fidelidade – autonomia existencial

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 UNIÃO ESTÁVEL.....	09
2.1 Breve histórico do reconhecimento da união estável no Brasil.....	10
2.2 O conceito da União Estável	13
2.3 Elementos essenciais da União Estável	16
2.4 Os direitos e deveres dos comapanheiros	17
3 DISCUTINDO SOBRE A LEALDADE.....	18
3.1 Lealdade dentro da ciência jurídica	18
3.2 Lealdade e fidelidade como fundamento da monogamia	20
3.3 O papel jurídico da fidelidade	21
4 AUTONOMIA EXISTENCIAL	24
4.1 Dignidade da pessoa humana	24
4.2 Liberdade e integridade psicofísica: requisitos para a autonomia existencial.....	25
4.2.1 Integridade Psicofísica.....	26
4.2.2 Liberdade.....	26
4.3 A liberdade de escolher suas formas de afeto.....	27
5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MINÍMA NO DIREITO DE FAMÍLIA	29
6 ENTENDIMENTO DOS NOSSOS TRIBUNAIS ACERCA DA FIDELIDADE COMO REQUISITO PARA O RECONHEICMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL.....	32
7 CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS	37

1. INTRODUÇÃO

Os novos arranjos familiares, fruto da constante mutação e infinita criação humana, deve ser analisado constantemente, buscando, dessa forma, cumprir os objetivos primordiais do Direito, a justiça e a pacificação social.

O Código Civil vigente, traz os requisitos para o reconhecimento da União Estável: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituição de família. Como deveres dos conviventes, elenca a lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos. Como pode-se perceber, o texto legal não traz, expressamente, a fidelidade, locus de parte do debate.

A discussão momentânea assenta-se no corolário da lealdade e respeito, sendo a fidelidade abrangida e tratada como sinônima, onde sua inobservância fundamenta a negativa do reconhecimento das uniões estáveis. Por outra via, tem-se a defesa de uma interpretação restritiva da lealdade, que, na união estável, ganharia contornos diferentes da fidelidade.

O presente trabalho alarga ainda mais o foco da discussão, analisando a autonomia existencial e a interferência do Estado na vida privada. O debate deve passar por uma longa caminhada, buscando no campo filosófico, entender os conceitos de lealdade e respeito, bem como da própria fidelidade. Além disso, é no mundo dos fatos que devemos buscar a análise desses novos arranjos, já que o Direito tem como principal desiderato a pacificação social, trazendo segurança à toda sociedade.

Ainda, é preciso analisar o princípio fundante do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana, que confere a todo indivíduo o poder de fazer suas escolhas existenciais, garantindo-lhe autonomia.

Haja vista os novos arranjos familiares e a sua necessária tutela, diante do emaranhado de discussão a respeito das uniões estáveis, latente é a discussão da fidelidade, mormente, a sua aplicabilidade como requisito para reconhecimento da União Estável.

2. UNIÃO ESTÁVEL: ENTIDADE FAMILIAR

A união de pessoas tem larga existência, sendo a mais antiga forma de agrupamento humano por laços de afeto. Como nunca foi da natureza humana viver sozinho, torna-se em muitos casos, uma forma de concretização de um planejamento existencial calcado em um dos sentimentos mais nobres, que é o amor. A família, com isso, nasce de um fato natural e não de uma convenção social.

A agregação de seres humanos na ideia que hoje conhecemos como família, seja em núcleo de afeto ou com finalidade de produção, reprodução e assistência recíproca, antecede o instituto do casamento. Dessa forma, inegável necessidade de valorizar uniões espontaneamente formadas, menos apegadas a tradições religiosas.

Em torno desse sentimento, a sociedade, infinita em suas possibilidades criadoras e recriadoras, formata novas modalidades de agrupamentos, motivando as mudanças nas relações sociais, provocando o Judiciário e Legislativo a estabelecerem novas tutelas. E dessa forma foi com a União Estável, conforme pode ser visto nos dados do IBGE.¹

“Em dados de 2000, divulgados pelo IBGE, 25,8% das famílias brasileiras tinham a natureza de união estável ou consensual, o que demonstra a aceitação social de tal modalidade de composição familiar, uma vez que, em 1960, apenas 6,45% das famílias brasileiras se reconheciam de tal forma.”²

De fato, cabe ao legislador assimilar essas mutações sociais, a fim de dar guarita aos indivíduos, tutelando-os e dando efetividade aos seus projetos existenciais.

"Semelhante ao trabalho de um sismógrafo, que acusa as vibrações havidas no solo, o legislador deve estar sensível às mudanças sociais, registrando, nas leis e nos códigos, o novo Direito.”³

¹ Disponível em <http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=POP665> Acesso em 06 set. 2010 apud FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.412.

² Ibid, p.412.

³ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.53.

Todavia, da necessidade ao reconhecimento efetivo, há um longo caminho e não foi diferente no Brasil o longo trajeto para a tutela da União Estável.

2.1. Breve histórico do reconhecimento da União Estável no Brasil

Utilizando os ensinamento de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, podemos separar em quatro fases a saga de reconhecimento da União Estável no Brasil.⁴

A primeira denominada *rejeição*, onde não havia tutela, sendo vista de forma preconceituosa, sofrendo grande repulsa social até início do século XX. Era vista como uma relação ilícita, muitas vezes associada ao adultério, devendo ser rejeitada e proibida. Tal visão é profundamente fundamentada nos dispositivos do Código Civil de 1916.⁵

A segunda fase é denominada de *tolerância*, onde havia uma tutela no que tange a questão previdenciária, entretanto, essa evolução não veio pela esfera cível, mas sim pela previdenciária, onde o concubinato recebeu aptidão para gerar efeitos jurídicos.⁶

Posteriormente tivemos a fase da *aceitação social*, havendo uma tutela de natureza obrigacional, fruto de uma construção jurisprudencial, aceitando-se a existência de uma sociedade de fato entre os companheiros, deixando de ver a companheira como mera prestadora de serviços para assumir a posição de sócia, tendo direito à parcela do patrimônio que ajudara a construir. Nessa época há grande evolução com edição, pelo STF, da Súmula 380.

“Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Há um reconhecimento da sociedade de fato, haja vista o tratamento dado pelo Supremo, partilhando aquilo que ajudara a construir, grande avanço para o seu

⁴ FILHO; GAGLIANO, op. cit. , 2012, p. 412-414.

⁵ Recomenda-se leitura dos artigos 183, VII; 248, IV; 1177; 1474 e 1719, ambos do Código Civil de 1916.

⁶ Ler Art. 3º da Lei 4297 de 23 de dezembro de 1963 (publicada no Diário oficial da União de 14/01/1964).

reconhecimento, embora não fosse uma fórmula perfeita, mas, abria-se caminho para a tutela como entidade familiar.

A quarta fase e, diga-se de passagem, não pode ser encarada como última, pois tal afirmação seria reduzir as possibilidades da criatividade humana, foi a de *afirmação*, recebendo um prestígio constitucional. Ao passo do reconhecimento, deixava-se de lado a denominação concubinato para afirma-lo como união estável, indubitável leveza trazida pelo termo.

Artigo 226 da Constituição Federal:

“A família, a base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§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.

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

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

Com isso, união estável é traduzida, constitucionalmente, como forma de família, equiparando-se ao casamento, não havendo qualquer hierarquia entre os institutos.

“Mas, dessa previsão de conversibilidade, não se conclua, equivocadamente, haver uma hierarquia entre os institutos. Aliás, em nosso sentir, nem espaço haveria para supremacia de direitos do cônjuge em face do companheiro: uma vez reconhecida a união estável, afrontaria o próprio sistema constitucional conceber-se um tratamento privilegiado ao cônjuge em detrimento do dispensado ao companheiro.”⁷

Tal ideia reafirma a base dos relacionamentos, que é o afeto, e pensar de forma diversa, seria, no mínimo, contraditório, admitindo uma vantagem advinda para aqueles amparados pelo matrimônio.

E nesse diapasão discuti-se, de forma contundente, a constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil.

⁷ Ibid, p. 422.

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O STJ, inclusive, já debateu o tema e inclinando-se para a inconstitucionalidade do incisos III e IV, do artigo 1790 do Código Civil, afirmando que o tratamento discriminatório, vai impedir a constitucionalidade e validade do preceito, sendo uma afronta à Carta Magna brasileira.

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.

(STJ - AI no REsp: 1135354 PB 2009/0160051-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/05/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2011)

E, atualmente, tal posicionamento tem ganhado força nos Tribunais, como notícia recente do entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná.

“Já o Órgão Especial do TJPR, em 2009, reconheceu a inconstitucionalidade do inciso III, do artigo 1.790, do Código Civil, por haver uma desigualdade de tratamento entre o companheiro e o cônjuge, em afronta ao preceito constitucional do artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição Federal, o qual confere tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.”⁸

De fato, não podemos conceber que o dispositivo supra citado coaduna com a Constituição Federal, minimizando de forma lastimável o papel da companheira e pondo em risco toda uma luta histórica pelos avanços do instituto e estabelecendo uma hierarquia entre entidades familiares, o que não pode ser suportado por uma leitura constitucional do dispositivo.

“O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e após a família monoparental, não significa qualquer preferência e nem revela escala de prioridade entre elas. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a

⁸Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5476/Companheira+é+equiparada+a+esposa+e+fica+com+integralidade+da+heranca>> . Acesso em 08 nov. 2014.

equiparação das duas entidades familiares, merecedoras da mesma proteção. A Constituição acabou por reconhecer juridicidade ao afeto, ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo de afetividade à categoria de entidade familiar.”⁹

Cabe, ainda nesse ponto, citar a positivação no Código Civil Brasileiro, a partir do artigo 1723, contemplado com finsas na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Dessa forma, temos, fruto dos movimentos naturais surgidos na sociedade, a positivação da União Estável.

2.2. O conceito da União Estável

Antes de conceituar, é preciso deixar claro, que, ao nosso ver, conceituar não significa fecharmos a matéria em uma frase de efeito, mas sim como ponto de partida para todas as discussões acerca do objeto conceituado. É abrir mão de qualquer engessamento que dificulta às análises e a consequente evolução dos institutos jurídicos.

Existem várias formas de apresentação de um conceito, como por exemplo, aquele extraído dos dicionários, e, tendo como base o dicionário Silveira Bueno, união é o ato ou efeito de unir-se, junção de duas coisas ou pessoas, é a união de forças, coesão, unidade. Já a palavra estável, significa assente, firme, fixo, tudo aquilo que parece ser sólido, permanente, duradouro, entre outros pontos, vai ser aquilo que adquiriu estabilidade.¹⁰

Vários doutrinadores trouxeram seus conceitos, fruto dos momentos em que foram construídos, como por exemplo Álvaro Vilaça Azevedo.

“União estável, prolongada, pública, contínua e permanente de um homem e de uma mulher, não ligados por vínculo matrimonial, mas convivendo como se casados, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.”¹¹

Nicolau Cripinio assim define a União estável.

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.163.

¹⁰ BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996, p.665.

¹¹ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Estatuto da família de fato*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.259.

“[...] pode-se concluir que a união estável é a relação existente entre um homem e uma mulher, sendo duradoura, pública e contínua, formada com o escopo principal de constituir uma família, como se casados fossem.”¹²

Percebemos que os conceitos acima revelam as características iniciais levantadas na positivação da nova entidade familiar, e ainda que em pouco tempo, já sofre uma grande alteração hermenêutica, mormente no que tange as relações homoafetivas. Mais uma vez, fruto da realidade social e da construção jurisprudencial, houve um novo olhar para o entendimento da união estável, partindo daquilo que une as pessoas, o afeto.

Ainda que a constituição tenha citado a dualidade de sexo, foi necessário um pensar principiológico, que passou pela Dignidade da Pessoa Humana, e ainda, análise do formalismo, algo presente no casamento e não na união estável, que nasce do anseio de duas pessoas, independente da orientação sexual.

“Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno.

[...]

É certo, por outro lado, que a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contém indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, a contrario sensu, em proibição à extensão do mesmo regime a

¹² CRISPINIO, Nicolau Eládio Bassalo. *A união estável e os negócios entre companheiros e terceiros*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.134.

uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional.”¹³

Inquestionável a necessidade de contextualização e releitura constante do dispositivo, que já demonstrava um grande avanço, equiparando companheira e esposa, e, hodiernamente, deve ser lido sob o prisma do princípio norteador de todo o ordenamento, a dignidade da pessoa humana.

Nessa toada, temos o conceito mais próximo aos novos arranjos sociais, muito bem apresentada por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona.

“[...] podemos conceituar a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família.”¹⁴

Temos, com isso, a constante evolução da interpretação jurídica do instituto, foco do presente trabalho, que buscará demonstrar a necessidade de avanços, deixando de lado os dogmas que impedem a proteção de diversos indivíduos.

A partir da conceituação, podemos analisar os elementos essenciais da entidade familiar em tela.

2.3. Elementos essenciais da união estável

Em seu conceito podemos estabelecer os quatro pilares que sustentam o instituto: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituição de família.

A publicidade é caracterizada pela convivência pública, onde os conviventes se apresentam perante a sociedade como se casado fossem, sendo indispensável para a configuração da entidade familiar. O objetivo é a tutela contra a ideia de relacionamento

¹³ BARROSO, Luis Roberto. *Diferentes, mas iguais: o Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf>. Acesso em: 07 out. 2014.

¹⁴ FILHO; GAGLIANO, op. cit., 2012, p. 426.

“clandestino”, sendo utilizado para diferenciar união estável de um mero “caso”, onde predomina-se o interesse sexual.

O caráter contínuo é outro elemento de grande valia, buscando diferenciar de relações curtas, meros namoros. Não há que se pensar em entidade familiar que passe por simples eventualidade. Claro que, tal análise não pode ser genérica e deve ser pontuada no caso concreto, buscando aferir o *animus* de permanência do casal.

Já a estabilidade é a convivência duradoura entre os sujeitos, permitindo diferenciar a união estável das modernas ficadas. Por outro lado, não trata-se de impor determinado lapso temporal, mas sim, analisar a qualidade da convivência, tendo ciência que os casais enfrentam ocasionais separações fáticas.

E por fim, o mais importante dos elementos, o objetivo de constituição de família, que, nesse momento, vence o engessamento legal do matrimônio. Família vai além da mera formalidade, vai primar pelo mais nobre sentimento humano, o amor que une pessoas, formatando relações fundadas no afeto, objetivando obedecer direitos e deveres estabelecidos, uma repartição de emoções que visam a concretização de um planejamento existencial elaborado pelos conviventes.

“O principal e inadaptável elemento para o reconhecimento da união estável, sem sombra de dúvidas, é o teológico ou finalístico: o objetivo de constituição de família.”¹⁵

Indubitavelmente, esse elemento é imprescindível no reconhecimento da união estável, mas os rumos dessa família, bem como seus limites, devem ser ditados pelo casal, afinal, interferem somente em sua órbita.

2.4. Os direitos e deveres dos companheiros

Devido sua equiparação ao casamento, os conviventes da união estável, devem observar direitos e deveres recíprocos, e nesse ponto, encontra-se a pedra de toque de nossa discussão.

¹⁵ Ibid, p.436.

O artigo 1724 do Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe:

As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

O dever de lealdade traz a ideia do compromisso de fidelidade, seja do ponto de vista sexual ou afetivo, levando ao pensamento de que sua inviolabilidade traria o fim da relação, de modo que seria insuportável a vida em comum e a conseqüente dissolução da relação. Esse dever e seu corolário será alvo de debate no próximos capítulo.

O dever de respeito é uma necessidade, devendo constar em todas as relações humanas, sendo um pressuposto e característica que evidencia o afeto, justificador do próprio vínculo.

A assistência é trazida de forma ampla, não somente a questão material de apoio alimentar, mas, também, auxílio moral e espiritual.

Já o dever de guarda, relaciona-se a assistência e educação dos filhos, decorrente, assim como no casamento, do próprio poder familiar. Cabe ressaltar, que tal dever advém de uma matriz mais genérica, o próprio vínculo paterno ou materno.

Identificado os elementos e algumas características que nortearão nossa discussão, passaremos a debater o foco desse estudo, a contextualização da fidelidade, que deve passar pela autonomia existencial e (não) interferência do Estado nas relações afetivas.

3. DISCUTINDO SOBRE A LEALDADE

A lealdade, como visto no capítulo anterior, está positivada como um dos direitos e deveres dos conviventes da união estável, sendo necessária sua observância. Mais do que isso, ao analisarmos a lealdade, percebemos, friamente, o seu corolário, como por exemplo a leitura do seu significado no dicionário Silveira Bueno “s.f. Qualidade de leal; sinceridade; fidelidade.”¹⁶

Tratando-se de uma análise genérica, baseada no senso comum, lealdade e fidelidade estão intimamente relacionadas, sendo tratadas até mesmo como sinônimas, sendo necessária, para aqueles que ousam distingui-la, uma análise profunda em áreas específicas, no caso em tela, na ciência jurídica.

3.1. Lealdade dentro da ciência jurídica

No direito existem diversos entendimentos, tendo os que defendem sua análise conjunta, gênero e espécie, e aqueles que defendem sua dissociação, justificando a desnecessidade da fidelidade nas uniões estáveis.

“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.”¹⁷

Nessa visão não há como ser leal sem ser fiel, observando uma interseção clara entre o significado jurídico de tais palavras, uma visão mais abrangente da lealdade, trazem do a fidelidade em seu bojo.

¹⁶ BUENO, op. cit., p.390.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6.ed. V.VI. São Paulo: Saraiva, 2009, p.567.

Nesse diapasão também pensam outros doutrinadores, classificando a fidelidade como espécie da lealdade, não havendo possibilidade de análise da fidelidade recíproca desvinculada do dever de respeito e consideração mútuos.

“Quanto ao dever jurídico da fidelidade recíproca, apesar de não ter sido acolhido expressamente pelo texto codificado, encontra-se, perfeitamente, inserido no conceito de lealdade e respeito recíprocos. Aliás, lealdade e respeito constituem gênero do qual a fidelidade é uma de suas espécies.”¹⁸

“A razão de se adotar lealdade, ao invés de fidelidade, é o intuito do legislador de acatar uma postura mais ampla e mais aberta, posto que não se restringe à questão sexual, mas abrange a exigência de honestidade mútua dos companheiros.”¹⁹

Por outro lado, Maria Berenice Dias, defensora ferrenha das minorias, responsável por grandes avanços, como o debate da homoafetividade, traz a lealdade não compreende a fidelidade.

“Não se atina o motivo de ter o legislador substituído fidelidade por lealdade. Como na união estável é imposto tão-só o dever de lealdade, pelo jeito inexiste a obrigação de ser fiel, assim como não há o dever da vida em comum sob o mesmo teto. Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de vínculos paralelos. Se os companheiros não têm o dever de serem fiéis nem de viverem juntos, a manutenção de mais de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas.”²⁰

Percebemos que a distinção terminológica traz diversas conseqüências no mundo jurídico, haja vista a tutela de diversos casos de relacionamentos onde há multiplicidade de conviventes, indo de encontro ao ideário de muitos defensores da monogamia como característica fundamental da união estável.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p.460.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha Apud PONZONI, Laura de Toledo. *Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

²⁰ DIAS, Maria Berenice, op. cit, p.165.

3.2. Lealdade e fidelidade como fundamento da monogamia

A lealdade e a fidelidade, entendida como sinônimas ou ainda como gênero e espécie, são faces da mesma moeda que formam o substrato da defesa da monogamia. Essa visão, leva o *locus* hermenêutico da lealdade para o casamento, logo, a fidelidade é encarada como característica elementar da união estável.

“A união estável que procura em tudo imitar o casamento, também tem como característica a fidelidade dos conviventes, todavia o seu sentido é mais abrangente, significando além da fidelidade recíproca, o respeito, a deferência, a estima, a amizade, o afeto. Essa característica é que dá seriedade e valoração ética à união estável.”²¹

Chega-se, inclusive, a ideia de inexistência da união estável ante a falta da fidelidade, conforme analisa a respeitada Maria Helena Diniz.

“Não havendo fidelidade, nem relação monogâmica, o relacionamento passará à condição de “amizade colorida”, sem o status de união estável. Todavia é preciso esclarecer que tal dever de fidelidade visa tão somente valorizar a união estável, podendo os conviventes rompê-la, livremente, sem sofrer, em regra, qualquer sanção. Mas a quebra da lealdade pode implicar injúria grave, motivando a separação dos conviventes, gerando em atenção à boa-fé de um deles indenização por dano moral (RT, 437:157) e os efeitos jurídicos da sociedade de fato.”²²

Alguns autores defendem a monogamia como ideia absoluta dentro do direito de família, elevando-a à condição de princípio.

²¹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. Alimentos e Sucessão no Casamento e na União Estável. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 111.

²² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 387-389.

“O princípio da monogamia, embora funcione como um ponto chave das conexões morais, não é uma regra moral, nem moralista. É um princípio jurídico organizador das relações conjugais.”²³

Em outra análise, há repulsa a essa visão de entender a monogamia como princípio, e, com a devida vênia, esse é o meu entendimento.

“[...] preferimos simplesmente encarar a monogamia como uma nota característica do nosso sistema, e não como um princípio, porquanto, dada a forte carga normativa desse último conceito, é preferível evitá-lo, mormente em se considerando as peculiaridades culturais de cada sociedade.”²⁴

Em outros ventos analíticos, há entendimento que o legislador, ao não especificar fidelidade, trouxe uma diferenciação do casamento para a união estável, já que essa nasce sem formalidades, tendo maior liberdade de constituição e dissolução.

“Entre si os companheiros assumem os direitos e respectivos deveres de lealdade, respeito e assistência. O Código Civil acrescentou para os cônjuges, além desses deveres, os de fidelidade recíproca e de vida em comum, no domicílio conjugal (art. 1.566), que não são exigíveis dos companheiros, em virtude das peculiaridades da união estável, matrizada na liberdade de constituição e de dissolução. Os deveres de lealdade e respeito configuram obrigações naturais, pois são juridicamente inexigíveis, além de não consistirem em causas da dissolução.”²⁵

Entendo que a monogamia é uma diretriz do ordenamento jurídico pátrio, mas não pode ser visto como algo absoluto a todas entidades familiares, fazer isso, é querer limitar às possibilidades de criação humana e, mais do que isso, é querer interferir acintosamente no planejamento existencial dos indivíduos.

3.3 O papel jurídico da fidelidade

²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principologia para o Direito de Família - Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 848-9.

²⁴ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.

Não resta dúvidas que a fidelidade é um bem jurídico tutelado pelo direito brasileiro, sendo sua inobservância, aliada à insuportabilidade da vida em comum, motivo real para dissolução da união conjugal ou de companheirismo, até mesmo causa que gera conseqüências indenizatórias. Entretanto, não cabe tratar a fidelidade como algo absoluto, mas sim cultural.

Não cabe ao Estado, frente ao princípio da intervenção mínima, de forma alguma ou fundamentado por qualquer pretexto, impor, coercivamente, a todos conviventes, a estrita observância da fidelidade recíproca.

“A atuação estatal não poderia invadir essa esfera de intimidade, pois, em uma relação de afeto, são os protagonistas que devem estabelecer as regras aceitáveis de convivência, desde que não violem a sua dignidade, nem interesse de terceiros.”²⁶

Todo indivíduo tem o direito de determinar suas escolhas, fruto de algo imanente, sua dignidade, que lhe confere liberdade de escolha, cabendo ao Estado trabalhar para dar efetividade às escolhas existenciais.

Ademais, é latente a necessidade de observar os diversos arranjos familiares, como os casais que vivem em poliamorismo, onde um homem ter mais de uma mulher ou vice-versa, deixa de ser apenas uma ficção e ganha realidade. Por que temos que determinar que o afeto seja dado publicamente, de forma duradoura, contínua e pública a uma pessoa somente? Não se pode estabelecer um projeto de família com mais de uma ou um convivente?

Podemos perceber, reafirmando, não falamos de ficção, mas sim de realidade, algo que acontece no mundo dos fatos e, mais do que isso, chega ao judiciário nas suas diversas modalidades.

“Na sua atividade diuturna como magistrado trabalhista, Rodolfo Pamplona Filho já enfrentou, por incrível que pareça, mais de uma oportunidade em que, em sede de ação de consignação em pagamento, a empresa colocava à disposição valores devidos pela extinção do vínculo empregatício de empregado falecido, trazendo para o polo passivo, por vezes, duas ou mais três mulheres, com quem o trabalhador mantinha, simultaneamente, relações amorosas, dando-lhes, indistintamente, assistência material, afetiva e sexual, conhecendo-se entre si as companheiras, sem qualquer discussão sobre quem seria efetivamente a “viúva”. Nesses casos, pediu-se a atuação do órgão do Ministério Público do Trabalho (por causa do interesse de filhos

²⁶ FILHO; GAGLIANO; op. cit., p.108.

menores que todos tinham), que não se opôs a uma equânime divisão entre todas as dependentes, na parte referente à meação.²⁷

Isso posto, é necessário contextualizar a aplicabilidade da fidelidade como requisito para o reconhecimento da união estável, tendo como fundamento o princípio fundante do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana e a sua consequente liberdade para se autodeterminar, fazendo suas escolhas existenciais e sendo responsável por elas.

²⁷ Ibid, p.108.

4. AUTONOMIA EXISTENCIAL

Para entendermos a autonomia existencial, faz-se necessário uma leitura crítica e reflexiva de onde esta emana, de forma a solidificar, ainda mais, os argumentos que fundamentam sua efetiva tutela.

4.1. Dignidade da pessoa humana

A autonomia existencial vai emanar do princípio fundante do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana, que vai conferir aos indivíduos, liberdade e integridade para fazer suas escolhas existenciais.

“Sem focar o Direito na dignidade da pessoa humana, como pode o operador do direito aplicar as regras do direito posto? O primeiro passo é, pois, conhecer a dimensão ontológica do Direito.”²⁸

O princípio vai se pautar na autonomia ética como forma de entendimento da dignidade humana, sendo o homem visto com um fim em si mesmo, visão advinda da própria natureza, não podendo ser utilizado como meio, sendo um “objeto” de respeito. E é nesse entendimento que a doutrina jurídica identifica as bases de sustentação de uma aproximação conceitual e concretização da dignidade da pessoa humana, daí a não aceitação de qualquer tentativa de coisificação e instrumentalização do ser humano. Como embasamento, tem-se o imperativo categórico de Kant e os seus desdobramentos, que Maria Celina Bodin de Moraes, citando Chauí²⁹, explica com grande propriedade:

²⁸ MELLO, Cleyson de Moraes. *A Hermenêutica Filosófica e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista Legis Augustus. V. 3, n. 1, p. 8, setembro 2010. Disponível em <http://apl.unisuam.edu.br/legis_augustus/pdf/ed1/Artigo_1.pdf> . Acesso 01 nov. 2014.

²⁹ CHAUI, M. *Convite à filosofia*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 346 apud MORAES, Maria Celina Bodin. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

“ O imperativo categórico de Kant está contido na sentença: ‘Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral’. Esta formulação foi desdobrada por Kant em três máximas morais. São elas: i) ‘Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza’, o que corresponde à universalidade da conduta ética, válida em todo tempo e lugar; ii) ‘Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como meio’, que representa o cerne do imperativo, pois afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas; iii) ‘Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais’, que exprime a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins, atribuindo a vontade humana uma vontade legisladora geral.”³⁰

Com isso temos a colocação do homem com dignidade, não sendo tratado como coisa e logo não recebendo precificação, é tratá-lo como fim em si mesmo e a partir disso, do entendimento e respeito ao outro e a natureza, desenvolver as suas ações, existindo para atender os seus objetivos.

A Constituição Brasileira de 1988, no período pós-ditadura militar, vem declarar a tutela às vulnerabilidades humanas, a própria dignidade da pessoa humana, deixa de estar nos preâmbulos e passa a estar no próprio texto, como um dos fundamentos da República. Com base no exposto, apoiado pela história, filosofia e política, tem-se então a Constituição centrada no ser humano, com fundamento na dignidade que este possui, buscando garantir o respeito e a proteção aos sentidos que desse princípio emanar, alcançado todos os ramos da árvore jurídica.

Dessa forma, temos que o sujeito de direitos deve ser visto como um ser racional, possuidor de um livre arbítrio, responsável pelos seus objetivos e pela relação de forma igualitária com os outros indivíduos e com a natureza. Portanto, temos o seguinte corolário: a) o sujeito entende que possui outros sujeitos iguais a ele (igualdade); b) digno de ser respeitado nas suas escolhas psicofísicas e respeito às escolhas dos outros; c) é livre, possuidor de autodeterminação; d) pertence a um grupo social, tendo a garantia de não ser discriminado.

4.2. Liberdade e integridade psicofísica: requisitos para a autonomia existencial

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

Para que uma pessoa tenha autonomia, de modo que essa seja efetiva, é necessário ser observado os sentidos da dignidade da pessoa humana, mormente a integridade psicofísica e a liberdade, como discorrerei a seguir.

4.2.1. Integridade psicofísica

A integridade psicofísica vai englobar as proteções físicas e morais do indivíduo, desse sentido decorre o direito de não ser torturado, as garantias penais, as garantias dos direitos da personalidade, e até mesmo o “direito à saúde” que compreende o bem estar físico e social. A partir desse sentido temos o direito que o ser humano tem de ter uma vida digna, abarcando ainda os direitos sociais.

A proteção a integridade psíquica, decorrente da dignidade da pessoa humana, significa também proteger as escolhas existenciais feitas pelo indivíduo, dando-lhe capacidade de desenvolvê-las. É não permitir que ao ser humano seja imposta escolhas, tratamentos que sejam degradantes, a não ser que sejam feitas pelo seu livre consentimento.

4.2.2. Liberdade

Talvez nesse sentido esteja uma grande discussão acerca da dignidade da pessoa humana, principalmente pela delimitação da liberdade que pertence a cada ser humano.

“À luz do princípio maior da dignidade da pessoa humana, podemos dispor, como bem entendermos, com a autonomia e informação, acerca de nós mesmos, de nossos corpos e mentes? Qual é a esfera atual da liberdade (individual) de determinação?”³¹

É preciso que antes de dar algumas direções às indagações narradas acima, busquemos entender o que é liberdade e até que ponto confunde-se com a autonomia individual. Partimos da idéia de que a autonomia privada decorre da liberdade e até mesmo da igualdade, já que para se ter autonomia é necessário que tenha liberdade.

Ao tratarmos dos direitos individuais, a dignidade da pessoa humana vai se expressar na autonomia privada, onde as pessoas tem direito de elencar suas escolhas existenciais e de, por causa dessas, não sofrerem discriminações, ressaltando que cada um é responsável pelas

³¹ Ibid, p.132.

suas escolhas e deve respeitar e considerar as escolhas do outro, e ainda, os interesses de terceiros ou da coletividade.

O interesse social vai constituir as exceções da autonomia individual, ao passo que o ordenamento deve tutelar aquilo que é de interesse da sociedade, mas não no sentido de ser uma barreira para a realização do projeto existencial individual, valendo a ponderação entre os princípios. Com isso, temos a vontade individual em conformidade com o interesse social, sendo que o indivíduo não se exclui do todo. Isso não exclui - ao menos não deve - a liberdade que designa ao indivíduo o poder de realizar o seu projeto de vida como desejar, sem interferências externas.

A liberdade significa que o indivíduo pode realizar as suas escolhas morais, e ao outorgar esse direito estamos valorizando o ser humano, que é digno e para isso merece ser respeitado e receber condições para sua autodeterminação, sendo tratado com igualdade, respeito e não alvo de discriminação por suas escolhas.

É necessário ver a dignidade como autonomia, dando ao indivíduo liberdade de realizar suas escolhas, sendo limitado somente por aquilo que invade a realização do projeto de vida do outro, cabendo assumir limites pautados no interesse social que devem respeitar o ser humano. E acredito ser essa a visão do sistema jurídico brasileiro, haja vista a ênfase dada às liberdades pessoais, elencando vários direitos individuais e garantias procedimentais.³²

Por ser intrínseca ao homem, a dignidade da pessoa humana, precisa alcançar cada vez mais eficácia, de modo que se valorize o indivíduo e as suas escolhas, e para isso é necessário que os limites como a moralidade, a idéia de bem comum pré concebida e o interesse público sejam rediscutidos dentro das relações sociais.

Não se trata de conferir uma liberdade desordenada ao ser humano, mas sim uma liberdade, pautada na igualdade – abarcando a diversidade -, compreendendo a integridade psicofísica do ser humano pertencente a um grupo social.

4.3. A liberdade de escolher suas formas de afeto

³² BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>, p.14. Acesso em 26 ago. 2014.

Diante do exposto, o indivíduo deve ser livre para fazer suas escolhas e receber proteção do Estado. Claro, não defendemos uma visão pautada na libertinagem ou dar tutela a tudo que a mente humana criar, mas sim valorizar as relações de afeto, ainda que não sejam monogâmicas.

Não cabe ao Estado determinar o número de companheiras que um indivíduo deve ter, muito menos estabelecer a forma de se relacionar, isso afeta o campo da autonomia que cada indivíduo possui, ferindo o princípio basilar de nosso ordenamento, a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, a fidelidade não pode ser vista como elementar para o reconhecimento da união estável, devendo haver uma leitura principiológica do instituído.

“Na esteira da filosofia existencialista, a personalidade humana deve ganhar status de valor jurídico de cunho existencialista, já que esta não pode ficar aprisionada ao rol de direitos subjetivos típicos adotado pelo Código Civil. Daí a importância do entrelaçamento principiológico entre o direito civil e os direitos humanos.”³³

Com isso, Lealdade pode ser vista como aceitação dos conviventes em determinado projetos de vida, ainda que de forma tácita, sendo leis com suas escolhas. Data vênua, entendimento contrário, macula e engessa às possibilidades de afeto humano, caindo em uma coisificação do indivíduo, ferindo sua liberdade e o tolindo em sua autonomia, fazendo com que não se afirme enquanto indivíduo capaz de fazer escolhas, deixando, os que possuem mais de um relacionamento estável, a mercê da tutela estatal e mais, fazendo aumentar sobre esses a carga preconceituosa.

³³ MELLO, op. Cit., p.9.

5. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO DIREITO DE FAMÍLIA

As famílias passaram e continuam passando por grande mudanças, tendo, hodiernamente, como liame sustentador a afetividade, deixando de lado a ótica patrimonialista que norteava as relações.

O legislador, ao estabelecer no Art. 1513 do Código Civil Brasileiro, conferiu proteção às escolhas do casal, vedando qualquer tipo de interferência no planejamento definido pelos conviventes, estabelecendo a intervenção mínima do Estado nas relações familiares.

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o Estado não deve interferir na ambiência familiar, diferentemente do que ocorre nas relações contratuais, de forma justificada e compreensível. No âmbito familiar, a contenção da intervenção encontra respaldo no princípio da afetividade, que considera a intervenção uma agressão estatal, aniquilando sua base afetiva.

“O Estado abandonou a sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição à eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal). A intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de Dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu artigo 16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”³⁴

Como bem salientou o doutrinador, cabe ao Estado o apoio e assistência a família, e não, de forma agressiva, determinar os rumos dessa família. Assim também entende nossa jurisprudência, como por exemplo o julgado da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível 2.0000.00.372750-0/0/000, de relatoria do Desembargador Nepomuceno Silva.

Ação de reparação por danos materiais e morais - Negligência da empresa fabricante do anticoncepcional "MICROVLAR" - Responsabilidade Objetiva -

³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha *Apud* FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105-6.

Responsabilidade de terceiro - Descabimento - Gravidez, nexos e provas existentes - Sentença Mantida - Apelo adesivo conhecido em parte - Prejudicialidade do mesmo.
 1. O planejamento familiar é direito de cidadania, não podendo ser imposto, no Estado Democrático de Direito, por outrem que não a própria família. [...]

Dessa forma, cabe aos cônjuges ou companheiros, definirem as formas e limitações dentro de suas relações, sendo vedado a utilização de meios coercitivos, tanto por parte das instituições oficiais como particulares, para a implantação do planejamento familiar.

“Neste passo, é possível salientar que a autonomia privada consiste no poder que o indivíduo detém de regulamentar os próprios interesses, sem que o Estado afixe qualquer mecanismo coercitivo que possa tolher tal possibilidade. Salta aos olhos que o cânone em exposição encontra sedimento na concepção que concebe o ser humano como agente moral, dotado de razão, com capacidade para decidir o que é bom ou ruim para si, devendo, desta sorte, ter liberdade de guiar-se em consonância com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores emoldurados de relevância pela comunidade.”³⁵

Ao Estado cabe uma atuação ativa em prol da efetivação das escolhas dos conviventes, e não, a função de limitar às escolhas feitas pelos cônjuges/companheiros. Aos seres humanos, livres por excelência, cabem fazer suas escolhas, não perturbando os direitos de terceiros e ao Estado, garantir a efetividade às essas escolhas, inclusive, nas relações familiares.

Claro que, isso não significa que o Estado não possa intervir quando for chamado e for necessário sua atuação. Como bem conclui Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona.

“Não se conclua, no entanto, partindo-se desse princípio, que os órgãos públicos, especialmente os vinculados direta ou indiretamente à estrutura do Poder Judiciário, não possam ser chamados a intervir quando houver ameaça ou lesão a interesse jurídico de qualquer dos integrantes da estrutura familiar, ou até mesmo, da família considerada como um todo. E um exemplo do que se diz é a atuação do Juiz da Infância e Juventude ou do próprio Juiz da Vara de Família, quando regula aspectos de guarda e direito de visitas, ou, ainda, quando adota uma urgente providência acautelatória de saída de um dos cônjuges do lar conjugal.”³⁶

³⁵ VERDAN, Tauã Lima. *Anotações ao Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito das Famílias*. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj043398.pdf>>, p.9. Acesso em 08 nov. 2014.

³⁶ FILHO; GAGLIANO; op. cit., p. 106-107.

Com isso, temos que a leitura do princípio da intervenção mínima do Estado no direito de família deve ser lido em consonância com a autonomia existencial conferida aos indivíduos pela Dignidade da Pessoa Humana, onde os indivíduos detém o poder de regulamentar seus próprios interesses.

6. ENTENDIMENTO DOS NOSSOS TRIBUNAIS ACERCA DA FIDELIDADE COMO REQUISITO PARA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL

Pelas discussões que apresentamos, pode-se imaginar que as decisões apresentadas pelos tribunais brasileiro não são pacíficas, o que demonstra, ainda mais, a necessidade de discutir o tema, a fim de que pessoas não fiquem sem a tutela estatal.

O Superior Tribunal de Justiça, tem julgados recentes, negando o reconhecimento de união estável com fulcro na infidelidade, como por exemplo nos Recursos Especiais N° 1.399.604 - SP (2012/0258099-8) e 1.348.458 - MG (2012/0070910-1), respectivamente, ambos com relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA.

AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ART. 1º da Lei 9.278/96.

1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 25.11.1996. Recurso especial concluso ao Gabinete em 07.12.2012.
2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cuius, que mantinha outros relacionamentos frequentes e simultâneos.
3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e consideração mútuos, bem como de lealdade entre os companheiros.
4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade.
5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.
6. Recurso especial desprovido.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96.

1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012.
2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cuius, que mantinha outro relacionamento estável com terceira.
3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.

4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade .

5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles.

8. Recurso especial desprovido.

Outro julgado na mesma linha, entendendo a necessidade da fidelidade, é o Recurso Especial n° 912.926, cujo relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão.

FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINATO. RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSIVIDADE DE RELACIONAMENTO SÓLIDO. CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO JUDICIAL DE UMA UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE OUTRA. CCB/2002, ART. 1.723, § 1º. CF/88, ART. 226, § 3º. CCB/2002, ART. 1.727. LEI 9.278/1996, ART. 1º. LEI 8.971/1994, ART. 1º.

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

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

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

4. Recurso especial provido.

Pensando de maneira divergente, temos notícias de julgados que entendem existir uniões estafeis concomitantes.

“A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça reconheceu que um cidadão viveu duas uniões afetivas: com a sua esposa e com uma companheira. Assim, decidiram repartir 50% do patrimônio imóvel, adquirido no período do concubinato, entre as duas. A outra metade ficará, dentro da normalidade, com os filhos. A decisão é

inédita na Justiça gaúcha e resultou da análise das especificidades do caso. (...) Para o Desembargador Portanova, ‘a experiência tem demonstrado que os casos de concubinato apresentam uma série infindável de peculiaridades possíveis’. Avaliou que se pode estar diante da situação em que o trio de concubino esteja perfeitamente de acordo com a vida a três. No caso, houve uma relação ‘não eventual’ contínua e pública, que durou 28 anos, inclusive com prole, observou. ‘Tal era o elo entre a companheira e o falecido que a esposa e o filho do casamento sequer negam os fatos – pelo contrário, confirmam; é quase um concubinato consentido’. O Desembargador José Ataiades Siqueira Trindade acompanhou as conclusões do relator, ressaltando a singularidade do caso concreto: ‘Não resta a menor dúvida que é um caso que foge completamente daqueles parâmetros de normalidade e apresenta particularidades específicas, que deve merecer do julgador tratamento especial’.³⁷

“A coexistência de duas ou mais relações afetivas paralelas, nas quais as pessoas se aceitam mutuamente, motiva a partilha de bens em três partes iguais, segundo decisão inédita por um juiz de Rondônia. Em Ação Declaratória de União Estável, o juiz Adolfo Naujorks, da comarca de Porto Velho, determinou a divisão dos bens de um homem, entre ele, a esposa com quem era legalmente casado, e a companheira com quem teve filhos e conviveu durante trinta anos. O juiz fundamentou sua decisão em entendimento da psicologia que chama essa relação triangular pacífica de poliamorismo.

Essa decisão sinaliza uma mudança muito bem vinda nas relações interpessoais. Aproxima-se o dia em que homens e mulheres entenderão que a exigência de exclusividade é incompatível com a autenticidade do amor. Quando amamos realmente alguém, reconhecemos sua liberdade, inclusive para desejar e amar outras pessoas.

É possível amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo? Tento responder com duas perguntas: podemos não gostar de várias pessoas ao mesmo tempo? Se não há limite para o desamor, por que há limite para o amor?”³⁸

Como podemos perceber, os julgados que entendem a desnecessidade de fidelidade como requisito para o reconhecimento da união estável, ainda são ínfimos e no campo das notícias.

³⁷ Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/11500/direitos-da-o-amante/1>>. Acesso em 27 out. 2014.

³⁸ Disponível em <<http://marussiaguedes.blogspot.com.br/2009/09/poliamorismo.html>>. Acesso em 27 out. 2014.

7. CONCLUSÃO

Indubitavelmente, precisamos aprofundar na discussão do tema exposto no presente trabalho, onde percebemos os julgados indo de encontro aos pressupostos da dignidade da pessoa humana.

Pode-se perceber, pelo breve relato histórico do instituto da união estável, que já evoluímos muito, até mesmo pela recente conquista da tutela às relações homoafetivas, mas, não podemos deixar de buscar uma leitura constitucional contínua do ordenamento. É a constante busca da tutela de toda a sociedade e encarar os novos arranjos familiares se faz necessário.

De fato, a monogamia é uma diretriz, sendo refletido na legislação pátria pela fidelidade, mas, daí exige-la nas uniões estáveis, negando o reconhecimento de relações plúrimas, é atentar contra a autonomia existencial dos indivíduos.

A fidelidade não pode ser vista como requisito absoluto, mecanismo de enorme injustiça com aqueles que decidiram se render aos anseios de seus sentimentos, fazendo escolhas que estão dentro dos seus projetos existenciais, não interferindo nas escolhas dos demais membros da sociedade.

A dignidade da pessoa humana, veda, de forma acintosa, a coisificação do homem, e, determinar o campo afetivo das famílias, é usar o indivíduo para cumprir objetivos elencados por um moralismo que precisa ser vencido. Ao Estado, cabe intervir minimamente na órbita afetiva das famílias, atuando na proteção das mesmas.

A liberdade e a integridade psicofísica dos indivíduos precisam ser reais e, a sua tutela, tem que ser efetiva, mecanismo de proteção do indivíduo e da própria sociedade.

O Direito não pode se fechar ao que ocorre na sociedade, servindo de ferramenta para repudiar e discriminar, pelo contrário, deve suscitar à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto.

É preciso desatar os nós e buscar a evolução contínua da sociedade e tutelar, também, as minorias que decidem da publicidade às suas escolhas existenciais, no caso, vencer a necessidade de fidelidade como requisito para o reconhecimento da união estável. Tal pensamento não coaduna mais com a sociedade hodierna.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Estatuto da família de fato*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Artigo retirado do site <<http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida*. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>.

BARROSO, Luis Roberto. *Diferentes, mas iguais: o Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf>.

CRISPINIO, Nicolau Eládio Bassalo. *A união estável e os negócios entre companheiros e terceiros*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 24a ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Cleyson de Moraes. *A Hermenêutica Filosófica e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista Legis Augustus. V. 3, n. 1, p. 8, 2010. Disponível em <http://apl.unisuam.edu.br/legis_augustus/pdf/ed1/Artigo_1.pdf>.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 11.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Alimentos e Sucessão no Casamento e na União Estável*. 7a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principologia para o Direito de Família - Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

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

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<http://jus.com.br/artigos/11500/direitos-da-o-amante/1>

<http://marussiaguedes.blogspot.com.br/2009/09/poliamorismo.html>

