

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é elaborar uma crítica sociojurídica sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça, referente ao Recurso Especial nº 1.916.031-MG, julgado em 05.05.2022, com relatoria da Ministra Nancy Andrichi, em que defende a primazia do casamento sobre a união estável em caso de uniões paralelas, mesmo que o companheirismo tenha iniciado antes do matrimônio.

O ponto fundamental da análise consiste em mostrar tal decisão como um retrocesso com relação ao percurso que vinha sendo seguido pelo direito de família brasileiro. Para isso, contudo, se fará necessário questionar o modo como se costuma entender as tendências históricas no direito, afastando uma certa linearidade que pode levar a equívocos na medida em que, desfazendo as tensões e contradiscursos, faz parecer que os percursos históricos e políticos do direito são retilíneos.

Pode-se pensar aqui no tipo de história do direito privado no século XX que vem sendo contada no Brasil há algumas décadas e que pressupõe uma passagem de um direito liberal individualista para um direito privado de cunho social, baseado na solidariedade e nos Direitos Fundamentais (ROSEVALD, 2021). Por mais verdade que haja nessa forma de ver o devir histórico, não se pode esquecer que esse percurso jamais é retilíneo e livre de contradições e movimentos contrários.

Em todo caso, antes de chegar à tal análise conjuntural, o artigo precisará trazer o caso, reconstruir alguns dos argumentos centrais e criticá-los à luz dos fundamentos contemporâneos do direito de família.

No caso a ser analisado, a pessoa vivia em União Estável já por alguns anos, tendo posteriormente se casado com outra pessoa e formado uma família paralela. Embora a União estável antecederesse o casamento, a ministra Nancy Andrichi reconheceu a primazia do casamento posterior em razão da formalidade e considerou a união estável antecedente como sendo concubinato a partir do momento em que se deu o casamento.

Além de inconstitucional, tal decisão se mostra ainda contraditória com os próprios fundamentos liberais que hoje têm sido defendidos em campos como o direito contratual e que podem ser exemplificados pela lei da liberdade econômica. Isso obriga a que se faça a seguinte pergunta: Qual a relação entre uma defesa da liberdade do indivíduo e de um retorno da noção clássica de preponderância da autonomia da vontade e a defesa de uma visão conservadora e mesmo religiosa da família? Não parecem movimentos contraditórios?

Em sentido contrário, buscar-se-á mostrar aqui que há elementos na atual tendência conservadora brasileira que podem ser lidos em paralelo à mesma tendência liberal de desregulação da economia e de não intervenção do Estado na vida social.

Para tanto, o artigo será dividido em duas partes: Primeiramente será apresentado o caso e feita uma crítica do ponto de vista dos fundamentos jurídicos. Posteriormente, a análise será alargada para um olhar mais amplo nas nuances da tendência conservadora na qual se insere essa decisão do STJ, apontando tanto para algumas de suas peculiaridades quanto para os pressupostos historiográficos do direito civil que podem ter dificultado a importante tarefa de antever esse movimento e enfrentá-lo.

2. ASPECTOS CENTRAIS DA DECISÃO DA MINISTRA NANCY ADRIGHI DO STJ

Antes mesmo de adentrar na análise crítica sobre o caso acima mencionado, é preciso que se faça uma digressão sobre ele, para que se entenda de forma profunda, os pormenores do caso e da decisão proferida.

Em setembro de 2022, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, através do voto da Ministra Nancy Andri ghi, no Recurso Especial nº 1.916.031-MG, afirmou que “é inadmissível o reconhecimento de união estável concomitante ao casamento, na medida em que àquela pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento”, ainda que o matrimônio tenha ocorrido posterior união estável (STJ, 2022, p.02).

Esta decisão gerou intensas discussões no meio jurídico brasileiro, mormente entre os estudiosos do direito de família, pois, de forma inusitada, trouxe à tona um debate que parecia já estar superado, qual seja: a prevalência do casamento sobre a união estável.

Determinada mulher, que aqui será chamada de Amélia¹ ingressou com Ação de União Estável e partilha de bens, no ano de 2016, em face de um homem, que será chamado de Romão² alegando que conviveu com ele entre 1986 e 2014, tendo neste interregno dois filhos nascidos em 1988 e 1981. Ocorre que Romão casou-se com Maria³ em 1989, três anos após o início da união estável (1986), não advindo prole.

É importante ressaltar que de acordo com as provas produzidas nos autos, “especialmente as orais, demonstraram, sem sombra de dúvidas” que Amélia e Maria

¹ Escolheu-se o nome Amélia, de forma metafórica, fazendo alusão à música “Ai que Saudades da Amélia” escrita por Ataulfo Alves e Mário Lago, pois esta sim “era mulher de verdade”.

² A escolha no nome Romão para fazer menção metafórica ao personagem “João Romão”, de “Cortiço”, de Aluísio de Azevedo.

³ A escolha do nome de Maria refere-se a um nome comum na sociedade brasileira.

tinham conhecimento de que Romão manteve “convivência com ambas as mulheres, por mais de vinte anos ininterruptos” (STJ, 2022, p.11).

De acordo com a Ministra Nancy Andrighi trata-se de um cenário bastante peculiar, uma vez que “a relação que se pretende seja reconhecida como união estável teve início anteriormente ao casamento do pretense convivente com terceira pessoa e prosseguiu por 25 anos, já na constância desse matrimônio.” (STJ, 2022, p.07).

Desta forma, era um verdadeiro triângulo amoroso, no qual todos eram cientes das relações amorosas, inclusive, para deixar a situação bem ao estilo de Nelson Rodrigues, as famílias eram vizinhas, se conheciam e tinham certa convivência.

O Juiz de 1º grau julgou procedente a ação, reconhecendo a união estável e determinando que os bens fossem partilhados pela premissa da triação, ou seja, todos bens seriam divididos entre os três envolvidos. Romão e sua esposa recorreram ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reformou a decisão.

Amélia, sentindo-se prejudicada por ter passado mais de 28 anos de convívio marital, imaginando que tinha construído uma família, inclusive com prole, interpôs Recurso Especial no STJ, requerendo a reforma.

O caso que chegava ao STJ era diferente dos demais que já haviam sido julgados. Não se tratava apenas de um simples reconhecimento de uniões paralelas, que aliás tanto o STJ⁴ quanto o STF⁵ são terminantemente contrários. Aqui, o caso era peculiar, pois a união estável, comprovadamente, havia sido constituída anterior ao casamento.

Diante desta perplexidade, a Ministra Nancy suscitou que “examinando-se os precedentes desta Corte sobre a matéria, percebe-se que todos eles foram firmados a partir da premissa de que o casamento era pré-existente ao outro relacionamento” (STJ, 2022, p. 13).

A Ministra Nancy Andrighi detalhou da seguinte forma o caso:

Na hipótese em exame, há uma particularidade que merece ser destacada. É que, como soberanamente reconhecido pelas instâncias ordinárias, o relacionamento mantido entre a recorrente e o recorrido, que perdurou até o ano de 2014, teve início no ano de 1986, ao passo que o casamento entre os recorridos foi celebrado em 26/05/1989, ou seja, o casamento entre os recorridos é posterior ao relacionamento mantido entre a (STJ, 2022, p. 12/13).

Contudo, mesmo afirmando que o casamento era posterior a união estável, a Ministra Nancy não a reconheceu, dando prevalência ao matrimônio. Para isso, contudo,

⁴ REsp 931.155, 3ª Turma, DJ 20/08/2007 e REsp 1.754.008/RJ, 4ª Turma, DJe 01/03/2019

⁵ RE 883.168 – STF DJ 07/10/2021 (Tema 526) e RE 1.045.273 – STF DJ 21/12/2020 (Tema 529)

usou de um argumento bem inusitado: a transmutação da união estável em concubinato impuro.

A mencionada julgadora asseverou que:

(...) no que tange ao segundo período, somente se pode conceber que aquela união estável se transmudou juridicamente em um concubinato impuro, especialmente porque, de acordo o delineamento fático do acórdão local, a recorrente tinha ciência do matrimônio posteriormente contraído entre os recorridos (STJ, p. 13, 2022)

Como consequência lógica desta compreensão, de acordo com a Ministra Nancy, a Amélia não poderá fazer jus aos direitos patrimoniais provenientes da união estável entre os anos de 1989 e 2014, pois, no máximo, trata-se de uma sociedade de fato; e, se fosse caso de sucessão, teria perdido todo seus direitos sucessórios.

Após feita esta digressão do caso concreto, é importante, agora, abordar um pouco a questão da união estável, não apenas do ponto de vista jurídico-estático, mas sim dentro de uma visão sociojurídica.

3. UNIÃO ESTÁVEL: UMA REALIDADE QUE SE IMPÔS AOS TRIBUNAIS

“As famílias felizes são todas iguais. As famílias infelizes são infelizes cada uma à sua maneira” (TOLSTOI, 2011, p. 01)

Estar-se-á a viver um retrocesso na proteção equitativa da união estável? Parece que todos os esforços sociojurídicos efetuados no Brasil ao longo de décadas pode estar a sofrer uma rusga profunda no alicerce protetivo, construído em favor de famílias que se erigem para além da formalidade estatal ou eclesiástica.

Será um retrocesso sociojurídico que se experimenta neste momento? Estamos à caso vivendo um recrudescimento de valores moralistas do casamento em pleno século XXI?

De maneira categórica, Maria Berenice Dias afirma que “apesar da rejeição social e do repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram” (2015, p. 238), pois sempre se tratou de uma realidade existentes em todos os setores da sociedade.

O que se observou de forma clara é de que havia, e ainda há, um verdadeiro descompasso “entre a sociedade e a legislação civil acabou por gerar um distanciamento cada vez maior entre essas esferas, com dificuldade crescente na correlação entre a realidade social e o ‘mundo do Direito’” (CALDERÓN, 2017, p. 46)

Nesta mesma linha de raciocínio, Rolf Madaleno (2017, p. 1621) afirma que “as estatísticas apontavam para uma notória redução dos matrimônios tradicionais, com um crescimento geométrico das uniões informais”.

Visto desta maneira, percebe-se que, no final do século XX, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, empurradas pela realidade, começaram a promover mudanças no sentido de reconhecer questões jurídicas às relações afetivas não estatizadas, concedendo alguma guarida jurídica, superando uma leitura estreita das categorias codificadas (CALDERÓN, 2017).

De acordo com Pereira (2012), os movimentos sociais das mais diversas matizes e a revolução dos costumes, nas décadas de 1960 e 1970⁶, foram absorvidos pela Carta Constitucional de 1988, passando o Estado a dar proteção às famílias que não fossem constituídas pelo casamento.

A Carta Magna de 1988 trouxe em seu bojo uma tradição jurídica que já estava se construindo em favor do reconhecimento do companheirismo como forma de constituição familiar. Basta lembrar aqui as Súmulas de números 35⁷, 380⁸ e 382⁹ do STF, todos da década 1960, que reconheciam direitos patrimoniais aos concubinos.

Rolf Madaleno vê as decisões do Supremo Tribunal Federal como decorrência dos mais diversos processos que já reconheciam direito ao concubino.

A cada dia a jurisprudência brasileira engrossava seu repertório em defesa do concubinato, depois convertido em união estável e em todos os graus de jurisdição iam sendo paulatinamente acolhidos direitos tendentes a não mais desamparar a companheira da união livre ou extrapatrimonial (MADALENO, 2017, p. 1619)

Desta forma, é preciso entender que “apesar de alguns resistirem ainda em não entender o atual Texto constitucional, ele é a tradução da família atual, que não é mais singular, mas cada vez mais plural” (PEREIRA, 2012, p. 7)

A própria Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a União Estável, em seu art. 226, §3º, é o resultado do curso natural do reconhecimento desta forma de família, pelo próprio princípio da primazia da realidade, pois no Brasil uma parte significativa das famílias não eram constituídas a partir do casamento (PEREIRA, 2012).

⁶ A própria edição da Lei do Divórcio, de 1977, mesmo que tardiamente, já era o reconhecimento legal de milhares de brasileiros que já não mais viviam de fato casados, mas que já estavam em outra união factual.

⁷ Súmula nº 35 do STF: “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”

⁸ Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”

⁹ Súmula 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”

Assim, poderemos afirmar que estas súmulas do STF, na verdade, já reconheciam uma verdade crucial na tradicional sociedade brasileira: a vida conjugal sem a formalidade do estado laico ou clerical. Aliás, elas não constituíram a realidade, ao contrário, a realidade brasileira impôs aos tribunais o reconhecimento visceral de uma facticidade que se impunha.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 ao reconhecer juridicamente as famílias constituídas pela união estável estava a validar uma construção social brasileira que não tinha no casamento apenas a única forma de vida conjugal (VELOSO, 1997).

Deve-se compreender que, a Carta Mater de 1988 não é apenas uma mera declaração da vontade dos deputados e senadores daquela época, como se fossem feitas concessões gratuitas de direitos fundamentais; estes direitos foram conquistados e reivindicados pela sociedade, através de intensa mobilização de vários setores da sociedade, com forte impacto social e político, para que o Estado brasileiro reconhecesse direitos fundamentais básicos.

As primeiras palavras do clássico “Perfis do Direito Civil – Introdução ao direito Civil Constitucional”, de Pietro Perlingieri, se inserem justamente nesse resgate da facticidade, pois “o estudo do direito não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal” (PERLINGIERI, 2002, p. 01), uma vez que “o direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção” (PERLINGIERI, 2002, p. 01).

No âmbito do direito de família, Perlingieri segue essa mesma metodologia de resgate da concretude quando, após reconhecer no afeto o laço fundamental de constituição familiar, afirma que “se o dado unificador é a comunhão espiritual e de vida, deve ser evidenciado como ela se manifesta em uma pluralidade de articulações; em relação aos ambientes e ao diverso grau sócio-cultural” (PERLINGIERI, 2002, p. 244).

Restou, portanto, ao Constituinte de 1987, se curvar ante às evidências e “assentar a família informal ao lado da família formal do casamento, conferindo aos dois institutos e à família monoparental a merecida proteção estatal” (MADALENO, 2017, p. 1621)

Nesta linha de raciocínio, a “questão da família”, trazida tão bem pelo art. 226 da CF/88, também foi alvo de forte debate e de reivindicação, pois já não era mais possível desprestigiar o filho concedido fora do casamento, o não reconhecimento de

outras formas de entidade familiar e não proteger e reconhecer como família as relações afetivas que não estavam sob o manto da formalidade do casamento.

Maria Berenice, de forma bem crítica à importância da Constituição Federal para a questão da união estável, afirma que “a especial proteção constitucional conferida à união estável de nada ou de muito pouco serviu” (2015, p. 239), pois apenas reconheceu aquilo que as decisões pretéritas dos tribunais já haviam proferido.

Apesar de a doutrina ter afirmado o surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata, não sendo mais possível falar em sociedade de fato, o mesmo não aconteceu com os tribunais. A união estável permaneceu no âmbito do direito das obrigações. Nenhum avanço houve na concessão de direitos, além do que já vinha sendo deferido. A Súmula 380 continuou a ser invocada no que diz respeito à união estável pouca mudança trouxe no contexto jurídico (DIAS, 2015, p. 239)

Entende-se, perfeitamente este posicionamento de Maria Berenice e até sua forma crítica e pessimista de compreender a situação de pouca mudança real e fática com o advento da Magna Carta.

Porém, não se pode negar o efeito simbólico do reconhecimento constitucional da união estável como forma de entidade familiar equivalente ao casamento. É de uma força política e social bastante relevante e contundente, que tem sido usado para avançar no debate, seja no campo doutrinário, seja no campo político-jurisprudencial.

O fato de a Constituição Federal reconhecer juridicamente uma forma de família que já tinha sido validade e reconhecida socialmente é deveras importante para a consolidação de valores sociais e jurídicos pautados na dignidade, afetividade e justiça.

Afastando-se de uma tradição teológica profundamente arraigada em valores patriarcais, a consagração jurídica da união estável trouxe segurança jurídica para milhões de famílias que antes não poderia gozar de direitos básicos atinentes a uma série de relações sociais.

Se é verdade que não se pode esperar que o direito nos diga o que é família, uma vez que seu significado está para além de decisões estatais e mesmo para além das limitações da linguagem do direito, fato é que a proteção cumpre nesse caso um papel fundamental tanto prático quanto simbólico.

Foi tão importante o reconhecimento da união estável pela Constituição Federal que o debate sobre as mais variadas formas de família teve avanço: o reconhecimento da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Primeiramente, o Supremo Tribunal Federal, em 2011, quando do julgamento conjunto da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, reconheceu a união estável entre pessoas

do mesmo sexo, garantindo-lhe proteção jurídica e estatal, da mesma forma que garantida à união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Pode-se retirar um pequeno trecho do Acórdão da ADI 4277/DF, para exemplificar a importância jurídica e simbólica do reconhecimento da união estável pela CF/88:

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos, ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa (STF, 2011, p. 02)

Só foi possível reconhecer a união estável homoafetiva, pois a união estável já era amplamente garantida pela CF/88, além, é claro, dos princípios da igualdade e da dignidade humana.

Logo após esta decisão histórica do STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda em 2011, no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.348, reconheceu a validade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em 2013, impulsionado pelas decisões acima mencionadas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 175, determinando que os Cartórios se abstivessem de celebrar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Bem interessante, neste caso, que tudo vinha sendo construído ao longo do tempo, mediante grande mobilização social, jurídica e políticas sobre estes assuntos, impondo ao Judiciário o reconhecimento, mais uma vez, de um fator social preponderante.

Percebe-se, então, que o reconhecimento legal da união estável, trata, de uma realidade inegável, que não poderia ficar para sempre na obscuridade jurídica, merecendo total proteção.

4. DECISÃO DO STJ: O RETROCESSO DA PROTEÇÃO SÓCIOJURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL.

Diante de um embate de validade jurídica entre casamento e união estável, poder-se-ia afirmar que um é mais válido que o outro? A resposta, até então, seria negativa. Contudo, a supracitada decisão do STJ permite que a união estável tenha sua validade questionada quando em confronto com o casamento.

Esclarece-se, desde logo, que a análise a ser feita não está focada no reconhecimento de uniões paralelas, em que pese se entender cabível o seu reconhecimento¹⁰, mas sim no fato de a Ministra do STJ ter dado prioridade ao casamento e não à união estável, mesmo que esta tenha se concretizada por primeiro.

Deve-se lembrar que, dentro do direito de família, vige o princípio da pluralidade das entidades familiares, o qual preceitua que a unidade familiar, antes vinculada apenas ao casamento, contrai aspectos funcionais, integrada à ideia de formação comunitária apta ao desenvolvimento dos seus membros. Isto é, tornou-se imperioso a tutela de todo grupamento que, pelo elo do afeto, manifesta-se como família (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2022; PEREIRA e FACHIN, 2021).

É importante frisar, portanto, que o epicentro da tutela constitucional se desloca da exclusividade do casamento para a pluralidade das entidades que, “fundadas ou não no vínculo conjugal (...) contenham os pressupostos para a tutela da dignidade da pessoa humana” (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2022, p. 22).

Do mesmo modo, não se reconhece a legitimidade da entidade familiar em si mesmo considerado, seja ela proveniente do casamento ou não, bem como não se admite valor institucional a modelo de família baseadas em concepções pré-legislativas, estatais ou religiosas, pois o que mais importa é a realização da proteção digna das pessoas vinculadas a comunidade familiar (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2022, p. 22).

O próprio STJ, em momento menos hermético, reconheceu que existe um “poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado ‘família’ recebendo todos eles a ‘especial proteção do estado’” (STJ, 2011, p.01).

É importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, nesta mesma decisão, assevera que o casamento não é o “destinatário final da proteção do estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade” (STJ, 2011, p. 02).

Corroborando com estas análises, o próprio STF afirma que “a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos” (STF, 2011, p. 38).

De forma mais lúcida, o próprio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.754.008 – RJ, tendo como Relator o Ministro Luis Felipe Salomão,

¹⁰ Maria Berenice Dias (2015) e Rodrigo da Cunha Pereira (2021) entendem de forma favorável, em que pese já se ter decisões do STJ e do STF que não reconhecem a juridicidade das uniões paralelas.

já entendeu que as mesmas normas jurídicas que se aplicam ao casamento devem se aplicar à União Estável.

O Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, afirmou que se aplica à união estável as mesmas normas “prevista para o casamento, em razão do método de integração das normas (art. 4º da LINDB), pois quando há a mesma razão (causa), há o mesmo direito” (STJ, 2018, p.18).

Não somente o STJ entende que houve unificação de normas tanto para o casamento, quanto para a união estável. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG, procedeu com a equiparação integral entre casamento e união estável, no histórico julgamento sobre a isonomia entre cônjuges e companheiros nos direitos sucessórios.

Uma das situações jurídicas que ainda restava no Brasil que demonstrava desigualdade jurídica era a diferenciação no direito sucessório, prevista no artigo 1790 do Código Civil. A partir do julgamento do STF a única diferenciação restou vencida, pois “à luz da Constituição de 1988, não há hierarquia entre as famílias e, por isso, não se pode desigualar o nível de proteção estatal a elas conferido” (STJ, 2017, p. 34).

Voltando ao caso, portanto, percebe-se de início, que a decisão da Ministra Nancy Andrighi não se coaduna com o que foi alinhavado acima pela doutrina e jurisprudência, na medida em que deu prioridade ao casamento, em detrimento da união estável, ainda mais tendo esta se iniciado por primeiro.

Parece que o voto da Ministra, no balanço da medida moral, optou pelo casamento, unicamente em razão de sua formalidade, estaticidade e por seus contornos conservadores. Não há justificativa jurídica para esta prioridade. Até mesmo, em seu voto, reconhece que há um fato peculiar, pois o companheirismo começou antes do matrimônio.

No caso da Amélia, restou cristalino, que a união iniciou por primeiro, com três anos de antecedência ao casamento, durando de 1986 até 2014, tendo inclusive filhos. Se a união estável iniciou por primeiro, este enlace que deveria ter sido mantido no balanço da equidade, devendo o casamento ser declarado como sendo inválido.

O casamento de Romão e Maria fora celebrado com a presença de impedimento: a pré-existência de uma outra relação conjugal familiar. Não pode haver celebração do casamento, se um dos cônjuges vive uma relação conjugal pelo casamento ou pela união estável com pessoa diversa.

De acordo com o art. 1723, §1º, do Código Civil, a união estável não se constituirá se um dos envolvidos estiver casado (art. 1521, VI do Código Civil). Por conseguinte, se o

casamento é impedimento para que se realize uma união estável, esta também deveria ser impedimento para que se concretize o matrimônio. Com efeito, portanto, “não se justifica atribuir efeitos jurídicos diferentes às diversas formas de família” (STJ, 2019, p.18)

Em relação às relações concomitantes, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema nº 529, afirmou que a “preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes (...) impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período” (STF, 2021, p. 02). Pela lógica do julgamento do STF, se a união estável for anterior ao casamento, este não poderia ocorrer, pois, na palavra do STF, impede “novo vínculo”.

“Novo vínculo” não faz qualquer acepção de formalidade, podendo ser um casamento ou uma união estável. Portanto, no caso de Amélia, Romão estabeleceu “novo vínculo” (casamento) com a Maria, quando já existia o “vínculo velho” (união estável).

Desta forma, a Ministra Nancy, em seu voto, não considerou a importância equitativa da união estável e do casamento, pois não haveria razão da Ministra Nancy desconsiderar a união estável e manter apenas o casamento. Se fosse pela aplicação da literalidade da lei, deveria manter a união estável (primeiro vínculo) e deslegitimar o casamento (segundo vínculo).

Outro argumento drástico, mas ao mesmo tempo frágil, elaborado pela Ministra Nancy Andrighi tem a ver com a transmutação jurídica da união estável em concubinato impuro, em razão de Amélia ter conhecimento da existência do casamento.

Para fins de melhor análise, transcreve-se, novamente, o trecho:

(...) somente se pode conceber que aquela **união estável se transmutou juridicamente em um concubinato impuro**, especialmente porque, de acordo o delineamento fático do acórdão local, a recorrente tinha **ciência do matrimônio posteriormente contraído entre os recorridos** (STJ, p. 13, 2022) – grifo nosso

Aqui, são vários argumentos falaciosos que foram usados para manter o casamento como instituição mais privilegiada: Mesmo que Amélia não soubesse do matrimônio e estivesse de boa-fé, o próprio STJ e STF têm sido unânimes em não reconhecer uniões paralelas, mesmo que as partes ignorem e estejam de boa-fé.

Logo, dificilmente, a Ministra Nancy iria agir de forma diferente, caso Amélia não soubesse do casamento, pois ela mesma entende que não cabe união estável putativa (concubinato puro), vez que sequer existe o reconhecimento de uniões paralelas, sob o argumento de que “emprestar aos novos arranjos familiares [leia-se, uniões simultâneas], de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável implicaria julgar contra o que dispõe a lei.” (STJ, 2010, p.02).

Ainda neste diapasão, resta evidente que a Ministra Nancy Andrighi agiu de forma desigual, pois, como ela mesma reconheceu em seu voto, todas as pessoas envolvidas sabiam de todas as relações. A própria Maria, casada com Romão, sabia que este vivia em união estável com Amelia e que tinha filhos com ela.

Por acaso, o fato de Maria saber que Romão já tinha uma união estável antes mesmo do casamento, não lhe implicaria, também, a má-fé? O casamento formal tem o condão de trazer a boa-fé, quando o cônjuge sabe que o seu parceiro tem vida conjugal com outra pessoa?

Qual motivo de implicar a má-fé apenas à Amélia, quando na verdade todos os envolvidos sabiam de todas as relações concomitantes? Claramente, a decisão da Ministra Nancy desigual a união estável e casamento, dando tratamento diferenciado a este último.

De mais a mais, o fato de a Ministra Nancy Andrighi asseverar que há uma transmutação jurídica da união estável em concubinato impuro fere completamente os preceitos básicos do direito de família, a começar pela dignidade humana.

Deve-se falar desde já, que esta divisão em concubinato puro e impuro não há qualquer diferença prática nas decisões judiciais do STJ e do STF, pois, independente de saber ou não saber, da boa-fé ou da má-fé, não se reconhece qualquer direito às relações simultâneas. Portanto, não se sabe o real motivo da Ministra ter feito tal divisão (puro e impuro), a não ser para justificar sua posição contrária à união estável frente ao casamento.

Impossível acreditar que uma relação iniciada de forma genuína, com laços de afeto, com filhos e com clara intenção de constituir família possa vir a ser taxada de concubinato impuro, perdendo toda a validade jurídica de ente familiar, tão simplesmente pelo único fato do companheiro tenha vindo a casar-se posteriormente.

Pela lógica argumentativa apresentada acima, a união estável, no caso da Amélia, é uma relação válida, e o casamento que foi constituído posteriormente deve ser declarado putativo. Não que se concorda com a deslegitimidade das uniões paralelas, mas, se for para adentrar nesta seara, em respeito às decisões do STJ e do STF, deve-se usar de medidas iguais e para situações iguais.

5. CONCLUSÃO À LUZ DO PENSAMENTO CRÍTICO

Por mais que a transformação de uma união estável anteriormente consolidada em concubinato impuro seja um retrocesso gigantesco com relação às possibilidades de que o direito de família brasileiro pudesse acompanhar minimamente a realidade social, a

necessidade de fazer uma análise jurídica que não seja descolada de uma dimensão histórica e política nos impõe algumas precisões conceituais, mormente com relação ao que significa retrocesso e conservadorismo.

Em primeiro lugar, para que se possa dizer que houve retrocesso no direito de família brasileiro, é necessário que estabeleça um percurso de progresso, a partir do qual se possa julgar o caso como algo que vai na contracorrente. No presente caso, como mostrado ao longo do artigo, foi estabelecido um caminho no direito de família brasileiro, que vem desde leis como a do divórcio de 1977, passa pela nossa Constituição de 88, pelo redimensionamento do afeto no direito de família, indo até a legitimação da união estável homoafetiva.

Em todo caso, é preciso dizer que não existe percurso histórico totalmente contínuo. A historiografia do século XX mostrou para além de qualquer dúvida como a história é feita de descontinuidades, de tensões e nunca de um caminho único. Nesse sentido, quando se lê em obras como a de Nelson Rosenvald que o “direito civil contemporâneo” substituiu um paradigma liberal individualista em matéria negocial por uma visão mais social, ou que o tradicionalismo religioso foi substituído na área da família por uma dimensão de afeto mais livre, encontra-se aqui um problema grave (ROSENVALD, 2021).

Embora tais panoramas de fato ilustrem movimentos importantes durante o século XX, os quais podem ser exemplificados pela chamada constitucionalização do direito civil (PERLINGIERI, 2002), o problema é que tais movimentos nunca foram assim tão retilíneos (WIEACKER, 1993). Em matéria negocial, sempre existiu um contradiscurso que insistia no liberalismo baseado na autonomia da vontade e condenava qualquer revisão contratual baseada em preceitos como boa-fé objetiva ou função social do contrato.

Mesmo que no contexto da segunda metade do século XX (já citado na introdução desse artigo) tenha preponderado de fato uma visão mais social do direito civil, os discursos chamados neoliberais sempre tiveram adesão tanto na academia quanto no judiciário, sendo até o caso de se perguntar se houve de fato algum momento na jurisprudência brasileira em que uma leitura individualista e positivista do direito civil foi menos preponderante.

Aqui se encontra um outro problema metodológico das pesquisas jurídicas, qual seja o de analisar a conjuntura jurisprudencial tomando por base decisões paradigmáticas de tribunais superiores e as lendo como tendência geral. Embora a pirâmide autoritativa do

direito force essa obediência de cima para baixo, a compreensão por assim dizer cultural do direito exigiria que se trilhasse o caminho inverso, analisando de baixo para cima como certas visões vão pouco a pouco se consolidando no direito e na sociedade.

Para o que importa ao presente artigo, é imprescindível ter em conta que uma visão religiosa de família que reconhecia o casamento – e não a união estável - como uma instituição sagrada seguiu existindo no Brasil. Mesmo que a realidade social tenha se imposto sobre os tribunais, os discursos contrários permaneceram.

Atualmente, costuma-se atribuir esse percurso conservador a fenômenos sociais como o crescimento das igrejas evangélicas e a tomada de poder de políticos com uma agenda social conservadora. Isso pode ser verdade, mas não se pode perder de vista que esse movimento é lento e bem anterior. Para isso basta que se veja em qualquer reunião familiar como os casais que vivem juntos sem ter se casado têm sempre que responder inconvenientes perguntas como: “quando vão se casar”? “Cadê os filhos”?

Em todo caso, é fato que um tribunal como o STJ tem um papel fundamental em definir algumas questões. Essa definição não é apenas normativa, dizendo o que cabe a quem, mas também simbólica. Assim, quando a ministra Andrichi, antes tida como progressista por decisões envolvendo abandono afetivo, decide um caso como o aqui analisado, esse precedente tem um papel social de dizer o valor do casamento que vai para além de suas consequências estritamente jurídicas.

Por essa razão, essa decisão pode ser o pontapé para um movimento mais amplo de retrocesso na área do direito de família, sendo a principal finalidade do presente artigo colaborar na tentativa de criticar tal movimento.

Por outro lado, esse retrocesso pode parecer contraditório se lido em contraste com um movimento que também vem crescendo no direito civil brasileiro, qual seja um resgate de um individualismo liberal e uma pressuposição de paridade de relações que havia sido contestada por um direito civil de cunho funcionalista.¹¹

Talvez o leitor ou a leitora se perguntem que relação há entre esse liberalismo na seara econômica, aliado a um conservadorismo nos costumes familiares. Mesmo parecendo haver uma contradição, já que o liberalismo pressupõe (em tese) a liberdade individual e a limitação do poder do Estado, muitos podem não ver relação entre ambos os fenômenos.

¹¹ Exemplo claro é a lei 13.874/2019, conhecida como Lei da liberdade econômica, a qual, dentre outras disposições, retirou a expressão “em razão da função social” do art. 421 do Código Civil e inseriu o art. 421-A, que estabelece uma presunção de paridade em contratos civis e empresariais.

Usualmente, decisões judiciais de cunho conservador são lidas como reflexos de influências religiosas, que reagem a pautas progressistas apelando para a importância do resgate de uma tradição moral que seria a mais segura bússola social e cuja perda de força na contemporaneidade seria a razão pela qual vivemos em um tempo em que “tudo o que é sólido desmancha no ar¹²” (BERMAN, 1986).

Embora esse diagnóstico seja relevante, ainda se faz necessário pensá-lo frente ao liberalismo que lhe parece fazer oposição. O equacionamento dessa relação, o qual gera uma nova forma de ver o neoliberalismo e a sociedade, foi construído por Melinda Cooper na obra “Family Values” (COOPER, 2017). O ponto inicial de sua argumentação consiste em mostrar como o modelo de família tradicional, chamado por ela de família fordista, foi defendido por autores como Hayek e por membros da escola de Chicago como fundamentais, uma vez que, caso mulheres tivessem filho fora do casamento ou pretendessem viver divorciadas dos maridos, seria o Estado quem teria que arcar com esses custos. Nas palavras da autora, “newliberals are particularly concerned about the enormous social costs that derive from the breakdown of the stable fordist family” (COOPER, 2017, p.09).

Ainda no que tange a essa faceta econômica na qual neoliberalismo e conservadorismo se unem, Silvia Federici vai ainda mais longe e afirma que toda a estrutura de estabilidade das sociedades capitalistas está baseada no trabalho não remunerado das mulheres (FEDERICI, 2017).

Embora da decisão aqui analisada e do tipo de retrocesso reconstruído não se possa fazer explicitamente tais ligações, esses elementos são ainda assim importantes para compreender as nuances da tendência conservadora atual, uma vez que há vários pontos que se diferenciam daquilo que tradicionalmente se chama conservadorismo. Conquanto a faceta religiosa ligada ao casamento possa ser uma constante, é preciso perceber como um discurso moral reacionário se liga também a outras dimensões. Sem isso, as conclusões permanecerão algo parciais e a luta enfraquecida.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Walter. Obras escolhidas. Vol. 1. Magia e técnica, arte e política. Ensaios sobre literatura e história da cultura. Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Brasiliense, 1987

¹² Tomamos aqui de empréstimo a expressão que dá título ao livro do Marshall Berman, que é um clássico sobre as cidades modernas.

BERMAN, Marschall. Tudo que é sólido desmancha no ar. Trad. Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Scharcz Ltda, 1986.

CALDERÓN, Ricardo. Princípio da Afetividade no Direito de Família, 2ª edição. Grupo GEN, 2017.

COOPER, Melinda. Family Values: between neoliberalism and the new social conservatism. New York: Zone Books, 2017.

DARDOT, Pierre; A nova razão de mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Pierre Dardot/ Christian Laval. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias I Maria Berenice Dias. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FEDERICI, Silvia. O calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Trad. Coletivo Sycorax. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 7.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da C. Direito de Família - Uma Abordagem Psicanalítica, 4ª edição. Grupo GEN, 2012.

_____. e FACHIN, Edson. Direito das Famílias. Grupo GEN, 2021.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSENVOLD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 14ª.ed Salvador: JusPodivm, 2021.

STJ. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.157.273 – RN. Recorrente: D A DE O. Recorrido: A L C G. Relator: Nancy Andrichi, 18/05/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 julho de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.916.031-MG. Recorrente: S F DA S. Recorridos: L A DE S e R S G., Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 05/05/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 julho de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378-RS Recorrente: K R O. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 20/10/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 julho de 2022.

STF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277-DF. Requerente: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp> Acesso em: 20 agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. recurso Extraordinário nº 878.694. Requerente: Maria de Fatima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 10/05/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp> Acesso em: 05 junho de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. recurso Extraordinário nº 1.045.273 (Tema nº 529). Requerente: C.L.S. Recorrido: M.J.O.S. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 29/05/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp> Acesso em: 05 junho de 2022.

TEPEDINO, Gustavo; e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família. v.6.. Grupo GEN, 2022.

TOLSTÓI, Liev. Anna Kariênina. Trad. Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2011.

VELOSO, Zeno. União estável. Belém: Cejup, 1997

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Trad. A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.