

FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS E CONCUBINATO ADULTERINO

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho

Juiz de Direito.

Professor de Direito Civil da UFAL.

Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Privado do CESMAC/BJ Maceió.

Mestrando em Direito pela UFPE.

O amor paira acima das convenções sociais, dizia Eça de Queiroz. Parafrazeando o autor, diríamos: o amor paira acima das convenções legais. Retomaremos a essas assertivas, ao final da nossa palestra.

Fachin¹ cita passagem do acórdão relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, STJ, onde consta interessante referência: “Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: “Oui, monsieur, l’amour”² [Sim, senhor, o amor]”. Entendemos, com o devido respeito, tratar-se de um grande equívoco. O amor, o afeto, no mais amplo sentido, é uma possibilidade em todas as relações de família; portanto, importa, sim, para o direito, de sorte que, excluída essa perspectiva, teremos, apenas, uma visão parcial do direito de família.

¹ FACHIN, Luiz Edson, *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 93.

² Trata-se do Recurso Especial 148.897-MG, julgado em 10 fev. 1998, por unanimidade.

I - CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA E ENTIDADE FAMILIAR

Importante precisar, inicialmente, a compreensão de *família* e *entidade familiar*. A menção a *entidade familiar* é feita no sentido de *núcleo familiar*, *família no mais estrito sentido da palavra*, abrangendo os mais diversos arranjos familiares, dentro de uma perspectiva pluralista, de respeito à dignidade da pessoa humana, com o significado, segundo o nosso entendimento, de ***unidade integrada pela possibilidade de manifestação de afeto, através da (con)vivência, publicidade e estabilidade***³ (grifo nosso).

As expressões *família* e *entidade familiar* não encontram definição na Constituição Federal, CF, tampouco a legislação infraconstitucional cumpriu esse desiderato, até porque não nos parece tarefa do legislador fazê-lo. Cabe, portanto, à doutrina em abstrato e aos juízes e tribunais diante de caso concreto definir a extensão de uma e outra expressão, a fim de verificar qual a proteção que o Estado pretende oferecer e a qual família, bem assim a exata compreensão da expressão *entidade familiar*.

A expressão *entidade familiar* somente foi incorporada a texto legislativo com o advento da CF de 1988, que a ela se refere expressamente em seu art. 226, §§ 3º e 4º⁴. A CF em vigor menciona a proteção do Estado à família, que não se confunde com o instituto da *entidade familiar* referido, igualmente, pelo texto constitucional.

O termo *família* é utilizado em sentido amplo, que pode ter o amplíssimo significado de *família brasileira* ou, p. ex., de parentes unidos segundo laços consangüíneos, que corresponde, segundo o Código Civil, até o sexto grau, bem assim as denominações *família natural* e *família substituta* adotadas pelo Estatuto da Criança e do

³ O conceito proposto encontra-se inserido na dissertação de mestrado do autor, a ser defendida na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), em fase de conclusão, que versa sobre a temática “Entidades Familiares Constitucionalizadas”, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo.

⁴ Os parágrafos terceiro e quarto do art. 226, da C F, reconhecem a união estável e a entidade monoparental ou unilinear, respectivamente: “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”. “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Adolescente, ECA⁵, que incluem, portanto, as mais diversas acepções do termo, em sua acepção jurídica⁶.

A partir do estudo do conceito de entidade familiar, dentro de uma abordagem dos princípios constitucionais de direito de família, tentaremos chegar à conclusão, preliminar, de que a menção expressamente feita pela CF de 1988 ao casamento, a união estável e à entidade monoparental ou unilinear, é apenas exemplificativa.

O texto constitucional consagrou, em matéria de direito de família, os seguintes princípios: com acepção genérica, a liberdade e a igualdade; como princípios específicos, o pluralismo das entidades familiares e a afetividade; todos informados e conformados ao atendimento do princípio maior, a dignidade da pessoa humana, considerado como primado.

Queremos destacar, para os fins desta palestra, os princípios específicos do direito de família, quais sejam, o pluralismo das entidades familiares e a afetividade, que serão abordados e pontuados a partir de uma inter-relação com os princípios genéricos, da liberdade e da igualdade, sempre dentro de uma perspectiva de atendimento ao princípio maior, da dignidade da pessoa humana.

O princípio do pluralismo das entidades familiares, encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares, rompe com a orientação legal centenária, que vem desde as Ordenações do Reino e que influenciou as Constituições brasileiras do império e as republicanas, com exceção da CF em vigor, as quais reconheciam, tão-somente, o casamento como exclusiva entidade familiar e, como tal, a única idônea a receber a proteção do Estado.

⁵ V. Código Civil, arts. 330 e 331. O Projeto de Código Civil, rel. Dep. Ricardo Fiúza, aprovado em 15 ago. 2001, em seu art. 1.592, limita o parentesco ao quarto grau. In *internet* www.camara.gov.br, pesquisado em 01 out. 2001. V., também, Lei nº 8.069/90, ECA, especialmente os arts. 25 a 52.

⁶ A respeito das várias acepções do termo família v. LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In Vicente Barreto (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 26-7.

Atualmente, com o expreso reconhecimento da união estável e da família monoparental, rompeu a CF de 1988, definitivamente, com o *aprisionamento* da família nos moldes restritos do casamento. Ao invés da segurança imposta, o pluralismo reconhecido como fato e valor social, hoje incorporado ao ordenamento como princípio. No entanto, o legislador foi ainda muito tímido, pois deixou de reconhecer expressamente outras formas de relações afetivas, com caráter de estabilidade⁷, como entidade familiar, a exemplo do concubinato adúltero, vez que o dogma da monogamia ainda supostamente prevalece, bem assim as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, onde imperam os preconceitos de uma falsa moral social e religiosa ditados não se sabe por quem. Reconhece-se, porém, que uma interpretação à vista dos valores e princípios constitucionais certamente superará os óbices de uma hermenêutica fechada e estéril.

Dizemos, pois, *unidade* no sentido de *núcleo*, que pode compreender a forma mais tradicional e ocorrente do casal casado, com ou sem filhos, vivendo sob o mesmo teto, além da união estável e da entidade monoparental ou unilinear, mencionadas expressamente pela CF. Dentro dessa perspectiva incluem-se os arranjos menos usuais, no entanto, cada vez mais ocorrentes, a exemplo das já citadas uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo e as relações concubinárias adúlteras, bem assim a situação das pessoas que, pelos mais diversos motivos, vivem sozinhas.

Quando mencionamos a possibilidade de manifestação de afeto, é porque, a despeito de entendermos a afetividade como um princípio implícito do Direito de Família, aplicável às *entidades familiares*, portanto, com força obrigatória, no sentido de se tratar de norma jurídica, embora, repita-se, implicitamente posta, entendemos que ela, a afetividade, é uma *possibilidade* antevista pelo Estado nas relações dos partícipes das mais diversas *entidades familiares*. Contudo, esse mesmo Estado somente intervirá em ditas relações à medida que, de maneira direta ou indiretamente, alguém manifeste a falta da afetividade

⁷ A respeito v. SILVA, Américo Luís Martins, *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 188, para quem “ [...] onde houver estabilidade na união, presume-se existir alguma organização familiar [...] ”.

em suas conseqüências jurídicas, como, p. ex., quando uma fática separação por mais de dois anos comprovados enseja o divórcio direto, sem que haja a necessidade de se manifestar o motivo, pois que, nestes casos, entendemos que o legislador presume não mais haver o afeto.

A possibilidade de manifestação de afeto se dá através da convivência, que está no sentido de familiaridade, com ou sem coabitação, com ou sem relações íntimas, bastando a convivência.

A publicidade e a estabilidade completam os requisitos para a possibilidade de manifestação de afeto em uma entidade familiar, de sorte que não se requer notoriedade, mas, sim, o conhecimento, ao menos por pessoas mais íntimas, da existência da entidade familiar⁸, o que é facilitado através da durabilidade da relação ou situação, o que não deverá ser determinado com prazo aprioristicamente fixado por legislação, como aconteceu com a Lei 8.971/94, especialmente em seu art. 1º.

II – COMPREENSÃO DO CONCUBINATO ADULTERINO E DO ADULTÉRIO

Ainda introdutoriamente, precisamos delimitar a compreensão do termo *concubinato adúltero*, a fim de que, realizadas essas precisões terminológicas, possamos chegar à caracterização do concubinato adúltero como entidade familiar.

⁸ CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre: à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 73-5. V., também, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 3ª ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 1996. p. 45-50.

⁹ A lei referida regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e em seu artigo 1º dispõe: “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole [. .]”. Entendemos que o mencionado dispositivo é inconstitucional, vez que acrescenta requisito essencial não mencionado pela CF. Ademais, ainda que assim não se entendesse, a regra encontra-se revogada pelo art. 1º da Lei nº 9.278/96, a qual não menciona qualquer prazo de convivência. O Projeto de Lei nº 2.686/96 encaminhado ao Congresso, à guisa de solucionar a regulamentação infraconstitucional da união estável, retoma a questão da fixação do prazo. O projeto de Código Civil, relator dep. Ricardo Fiuza, aprovado em 15 ago. 2001, in *internet* www.camara.gov.br., pesquisado em 01 out. 2001, em seu art. 1.723, não faz referência a prazo de convivência.

Entendemos o *concubinato adulterino* como uma *relação estável entre duas pessoas de sexos diferentes, constituída faticamente, com possibilidade de manifestação de afeto, presumidamente pública e de modo contínuo*. O Projeto de Código Civil, em seu art. 1.727¹⁰, refere ao concubinato como “as relações não eventuais ente o homem e a mulher, impedidos de casar [...]”.

É importante esclarecer que, havendo separação de fato, pública, contínua e duradoura, estaremos diante de união estável, e não de concubinato¹¹.

A questão do *adultério* diz respeito à ocorrência, simultânea, para ao menos um dos partícipes do concubinato, o homem ou a mulher, de um casamento, onde não há o rompimento jurídico ou fático da relação, caracterizando, tecnicamente, o descumprimento do dever de fidelidade, mencionado pelo Código Civil em vigor¹², ensejando a existência de ilícitos na esfera penal e civil.

O adultério é tipificado como crime no âmbito criminal¹³, embora atualmente verifique-se nítida tendência à descriminalização, inclusive é o que consta do recente Anteprojeto de Código Penal, parte especial. Ademais, enquanto não ocorre a mudança legislativa, os penalistas propõem a aplicação do direito penal mínimo ou do princípio da adequação social¹⁴ de sorte que não se permita, em pleno século XXI, no mundo ocidental, a penalização de fato que importa, tão-somente, à esfera privada, individual, dos

¹⁰ Projeto de Código Civil, relator dep. Ricardo Fiuza, aprovado em 15 ago. 2001, *In internet* www.camara.gov.br, pesquisado em 01 out. 2001.

¹¹ O Projeto de Código Civil, relator dep. Ricardo Fiuza, aprovado em 15 ago. 2001, *in internet* www.camara.gov.br, pesquisado em 01 out. 2001, em seu art. 1.723, parágrafo 1º, menciona expressamente a exclusão dos separados de fato da incidência do impedimento de pessoas casadas, seguindo, por conseguinte, a tendência manifestada pela jurisprudência, inclusive do STJ, conforme se observa do Resp 86.302/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.06.1999. *In internet* www.stj.gov.br pesquisado em 15 out. 2001.

¹² V. CC, art. 231, inc. I. O Projeto de Código Civil, relator dep. Ricardo Fiuza, aprovado em 15 ago. 2001. *In internet* www.camara.gov.br, pesquisado em 01/out./2001, retoma a menção das hipóteses que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida, com a finalidade de possibilitar a separação judicial litigiosa, incluindo entre as quais o adultério (art. 1.573, inc. I). Trata-se de grave equívoco do legislador, porque retoma a tormentosa questão da prova da culpa nas relações de família.

¹³ V. CP, art. 240. V. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 87-8, ao citar a exposição de motivos do projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues, declara que o autor do projeto referido teve a idéia de autorizar a dissolução do vínculo no caso de adultério, mas recuou diante de certas perspectivas. Segundo essas perspectivas, acrescenta Orlando Gomes: Coelho Rodrigues “tendo chegado à conclusão de que o adultério do homem, embora menos grave, deveria também autorizar o divórcio, pondera: “se não estou muito enganado, no dia da exequibilidade da lei, que o fizer, noventa por cento, pelo menos, das senhoras casadas da nossa sociedade poderão propor a dissolução de seu casamento, o que equivaleria à dissolução da própria sociedade” ”.

¹⁴ OLIVEIRA, Marcos Aurélio Costa Moreira de. O Direito Penal e a Intervenção Mínima. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 17, ano 5 – jan./mar.-1997, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 145-152; v. também OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de e FONSECA, André Isola. Conversa com um abolicionista minimalista. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 21, ano 6, jan./mar-1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 13-21. BITENCOURT, César Roberto. *Lições de direito penal: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 31-9.

envolvidos, descabendo a intervenção estatal mais séria, com privação da liberdade, em casos dessa natureza.

Na seara cível, o Código Civil, CC, em vigor, menciona entre os impedimentos absolutos, a proibição do casamento do “cônjuge adúltero com o có-réu, por tal condenado”¹⁵. O projeto de Código Civil¹⁶ não impede o cônjuge adúltero ao novo casamento, suprimindo “esse tolo impedimento”, na expressão de Rodrigues¹⁷.

A tendência da doutrina, porém, é considerar, cada vez mais, a questão atinente à esfera íntima dos envolvidos, de modo a abandonar a perspectiva de uma separação-sanção¹⁸, por descumprimento do dever conjugal de fidelidade, sistemática que deve prevalecer na hipótese de rompimento de outras relações afetivas, como a união estável e as parcerias entre pessoas do mesmo sexo. Como consequência, cabe desprezar qualquer efeito jurídico negativo ao adultério¹⁹, tais como, em relação a guarda de filhos, alimentos, entre outros, partindo-se para uma perspectiva de separação-ruptura, fundada, apenas, na fática separação. No caso de separação judicial litigiosa baseada no descumprimento do dever de fidelidade, em face da ocorrência do adultério, é possível mesmo sob a égide da Lei nº 6.515/77, alegar a parte ré que a infração não tornou a vida em comum insuportável, pois a ofensa foi perdoada²⁰. O Brasil ainda adota, quanto à separação judicial, um sistema misto, onde se admite a discussão da culpa, no entanto, facilita-se a separação e o divórcio por ruptura²¹.

¹⁵ CC, art. 183, inc. VII.

¹⁶ Trata-se do projeto de Código Civil, relator dep. Ricardo Fiuza, aprovado em 15 ago. 2001, in *internet* www.camara.gov.br., pesquisado em 01/out./2001.

¹⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 43. v. 6.

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In *Direito de família e ciência humanas*, nº 3. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000, p. 133-151, especialmente quando menciona: “a tendência é, portanto, da substituição do malfadado princípio da culpa, pela instalação do simples princípio da ruptura, expressão, aliás, já incorporada em nosso ordenamento jurídico, inclusive no texto da Lei do Divórcio.”

¹⁹ V. Súmula nº 447, do STF, que mencionava: “É válida a disposição testamentária em favor do filho adúltero do testador com sua concubina”. A referida súmula tinha por objetivo restringir a aplicação do dispositivo legal constante do art. 1.719, do CC, que proíbe ao testador casado dispor em favor de sua concubina. Entendemos que tal dispositivo é inconstitucional, por mencionar proibição somente ao homem. Ademais, contraria a Constituição, porque, em se considerando o concubinato adúltero como *entidade familiar*, não há sentido para a regra proibitiva, vez que a proteção estatal prevista no art. 226, da CF, também abrange o *concubinato adúltero*.

²⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.217-218. v. 6.

²¹ A posição encontra-se inserida na própria CF, especialmente em seu art. 226, § 6º.

III - INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

A questão supra tem relacionamento direto com a temática da intervenção do Estado nas relações de família²². Trata-se de tema atual que, no entanto, ainda não encontrou um desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial satisfatório. Entendemos, no que concerne à intervenção estatal no âmbito da família e das entidades familiares, que a intervenção do Estado deve se dar apenas no sentido da proteção, nos precisos termos da CF²³, e não numa perspectiva de exclusão. Portanto, não cabe ao Estado predeterminar qual a entidade familiar que se pode constituir, mas, apenas, declarar a sua formação, outorgando-lhe a proteção social, por considerá-la base da sociedade.

Portanto, um Estado que se quer democrático, onde a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da república²⁴, não pode, sob pena de contrariar frontalmente o ordenamento constitucional, partir de uma perspectiva de exclusão de arranjos familiares, entenda-se, tecnicamente, entidades familiares não mencionadas expressamente pela CF, a que denominamos *entidades familiares implicitamente constitucionalizadas*, como é a hipótese do *concubinato adulterino*.

Dados estatísticos dos últimos censos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE²⁵, mostram-nos que a entidade familiar mais tradicional, o casamento, constituído do casal, com ou sem filhos, vivendo sob o mesmo teto, passa a constituir situação em declínio, vez que em termos percentuais aproxima-se daqueles que vivem em união estável, enquanto aproximadamente 20% (vinte por cento) das entidades é

²² A respeito v. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. In *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. Carlos Alberto Bittar (coord.). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 58-9, ao tratar sobre os limites recíprocos da família e do Estado, introduz discussão sobre a temática.

²³ V. CF, art. 226, *in verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

²⁴ V. CF, art. 1º, inc. III.

²⁵ Internet www.ibge.gov.br, pesquisado em 15 out. 2001. A respeito v. BERQUÓ, Elza. Arranjos Familiares no Brasil: uma visão demográfica. In Fernando A. Novais (coord.) e Lilia Moritz Schwarcz (org.). *História da Vida Privada no Brasil – Contrastes da intimidade contemporânea*. Vol. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 415, onde a autora ressalta que “o comportamento matrimonial dos brasileiros nas últimas décadas alterou-se em alguns aspectos, mantendo-se em outros. Aumentou o número de separações e divórcios, conservou-se o da média das idades ao casar, e o papel das uniões não legalizadas cresceu na preferência das pessoas”. V., também, v. SILVA, Américo Luís Martins, *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 163, que menciona “[...] a significativa e ininterupta queda do número de casamentos realizados anualmente [...]”.

monoparental, 5% (cinco por cento) constituem parcerias entre pessoas do mesmo sexo²⁶ e 9% (nove por cento) de pessoas vivem sozinhas²⁷.

Quanto ao concubinato adúlterino, não existem dados estatísticos precisos a respeito da ocorrência fática da mencionada relação²⁸, no entanto, é fato que desde a colonização, no contexto de casa grande e senzala, tão bem retratado por Gilberto Freire²⁹, passando pelos movimentos de conquista do interior, cujo mais conhecido é o movimento bandeirante³⁰, até os dias atuais, a realidade social ao longo da história insistiu em contrariar a determinação legal, de sorte que relações paralelas, duráveis, sempre ocorreram e continuam existindo. Resta a seguinte pergunta: Como o direito vai encarar esta realidade? Antes de respondermos a indagação, parece-nos pertinente a máxima de Ripert, que pontua: “quando o direito ignora a realidade, a realidade se volta contra o direito, ignorando o direito”. Trata-se da consagração do princípio da primazia da realidade social.

IV- A CRISE DO SISTEMA MONOGÂMICO

A crise do sistema monogâmico apresenta-se patente. A legislação vem acentuando a crise. Medidas legislativas, no âmbito constitucional e infraconstitucional, como o reconhecimento expresso de outras entidades familiares, dentro de uma perspectiva pluralista; a possibilidade da dissolução do vínculo de casamento, com o divórcio e do

²⁶ Segundo o relatório de Alfred Kinsey, elaborado entre 1938 e 1947, e publicado em 1948, um percentual correspondente a 10% da população norte-americana era formado por homossexuais. Utilizamos o percentual correspondente a 5% à falta de dados estatísticos mais precisos sobre a situação.

²⁷ *Internet* www.ibge.gov.br, pesquisado em 15 out. 2001 ALBUQUERQUE Fº, Carlos Cavalcanti de. A Situação Jurídica de Pessoas Solitárias. 2001. No prelo. No referido artigo colacionamos dados estatísticos a respeito dos *singles* em outros países, onde se constata na Suécia, com percentual de 40%, Dinamarca (36%), Inglaterra (35%), Alemanha (30%), França (30%) e Estados Unidos (26%), referente a unidade domiciliares ocupadas por uma só pessoa. Sobre os diversos arranjos familiares, numa perspectiva histórico-demográfica v. BERQUÓ, Elza. Arranjos Familiares no Brasil: uma visão demográfica. In Fernando A. Novais (coord.) e Lilia Moritz Schwarcz (org.). *História da Vida Privada no Brasil – Contrastes da intimidade contemporânea*. Vol. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 432-5.

²⁸ A instrução do IBGE para realização dos questionários do censo 2000 não incluiu uma perquirição sobre os novos arranjos familiares, daí porque não existem dados estatísticos sobre outras entidades familiares além do casamento, da união estável e da entidade monoparental. *Internet* www.ibge.gov.br, pesquisado em 15 out. 2001.

²⁹ FREIRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 8ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1954.

³⁰ VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução Histórica da Família Brasileira. In *Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Dey Rey, 2000, p. 325-331.

reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, entre outras, vem-nos mostrando que, paulatinamente, a situação de exclusividade do casamento e do casamento exclusivo, monogâmico e indissolúvel, com filhos havidos na relação de conjugalidade, mesmo no contexto jurídico, vem decrescendo.

Segundo Engels³¹ o surgimento da propriedade individual deu causa ao nascimento e proliferação de vários institutos: o casamento monogâmico, a prostituição, o adultério. Ainda, para o mesmo Autor, a prostituição é um dos pilares que dão base de sustentação ao *sistema monogâmico* de casamento. Silva, seguindo o mesmo entendimento, assevera que “ [...] a prostituta sempre teve dois papéis importantíssimo na sociedade: alçar o ânimo dos celibatários, prolongar os casamentos instáveis e, até mesmo, os estáveis”. E conclui: “ [...] a prostituição funciona como um mecanismo estabilizador do sistema monogâmico de casamento [...]”³².

A realidade social é bem diferente daquela vislumbrada por Engels³³, no entanto, os dias atuais vem-nos mostrando que estão desaparecendo os elementos necessários para a predominância da monogamia delineada pelo amor romântico. Assim, pois, verificamos um declínio da importância do casamento oficial, aliada a um aumento significativo do número de separações e divórcios, com a experiência do casamento-rompimento-recasamento. Além disso, é nítida uma maior preferência pelas uniões livres e surgem no cenário outros arranjos familiares menos usuais.

Dados estatísticos do último censo, realizado em 2000, pelo IBGE³⁴, evidenciam para o total do país, uma relação de 96,87 homens para cada 100 mulheres, como resultado de um excedente de 2.696.545 mulheres em relação ao número de homens.

³¹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991, p. 66-91.

³² SILVA, Américo Luís Martins, *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 192-193.

³³ ENGELS, Friedrich, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991, p. 66-91.

³⁴ *Sinopse Preliminar do Censo Demográfico 2000*, vol. 7. Rio de Janeiro: IBGE, p. 1-34

Levando em consideração a referida situação, ou seja, o excesso do número de mulheres em relação ao número de homens no Brasil, que vem repetindo-se ao longo dos últimos censos, e considerando que a diferença média de idade ao casar é de quatro anos, Berquó³⁵, apresenta-nos interessante estimativa do número hipotético de mulheres para cada homem no universo dos não-casados, por faixa etária, onde se comprova o seguinte:

Idade (em anos)	Número de mulheres para cada homem
20-24	2,1
25-29	5,0
30-34	11,3
35-39	21,6
40-44	33,3
45-49	48,0
50-54	56,7

V - O CONCUBINATO ADULTERINO NA JURISPRUDÊNCIA

É escassa a jurisprudência dos tribunais acerca do concubinato adúltero. Antes da CF vigente, o Supremo Tribunal Federal, STF, nas poucas oportunidades em que se pronunciou sobre a temática, adotou negar qualquer efeito, inclusive patrimonial, ao concubinato adúltero. Observemos julgado do STF assim ementado:

“Sociedade de fato em concubinato: resultando este de adúlterio, que a lei repele como crime, não pode ter efeitos de natureza patrimonial e não provada a participação efetiva da mulher

³⁵ BERQUÓ, Elza. Arranjos Familiares no Brasil: uma visão demográfica. In Fernando A. Novais (coord.) e Lilia Moritz Schwarcz (org.). *História da Vida Privada no Brasil – contrastes da intimidade contemporânea*. Vol. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 436.

na formação do patrimônio do concubino, casado e com filhos, não tem a concubina direito à meação dos bens do companheiro, pertencentes ao casal”³⁶.

O voto que fundamentou a decisão, datada de 1975, do Ministro Cordeiro Guerra, assevera que “[...] não é possível admitir-se a superposição simultânea da sociedade conjugal e do concubinato sob pena de desmoronar a instituição do matrimônio [...]” . Outro integrante da Turma julgadora, o Ministro Moreira Alves, atestou que “[...] entendo que a **Súmula** citada não abrange ligações adúlteras como na espécie” (grifo no original). A súmula referida é a de nº 380³⁷.

Em decisão mais recente, datada de 1985, portanto, dez anos após, mais ainda anteriormente à CF em vigor, houve divergência no próprio Tribunal que, desta feita, decidiu, por maioria, afirmando o entendimento que “a ação de partilha patrimonial promovida pela concubina não pode prosperar se o réu é casado, vista que tanto conduziria ao despropósito da dupla meação”³⁸.

O Relator sorteado, Ministro Aldir Passarinho, com voto vencido, asseverou, citando o entendimento esposado pelo Desembargador Werter R. Faria, do TJ-RS, que não seria justo, em nome do repúdio moral ao concubinato, favorecer a mulher legítima, atribuindo-lhe a quota da concubina. E concluiu o Ministro Aldir Passarinho:

“[...] A mim parece, *data venia*, que não tem suporte em qualquer princípio de moralidade é que venha a concubina a perder tudo aquilo que reconhecidamente foi fruto do seu labor, empregado na aquisição do imóvel juntamente com aquele que era

³⁶ STF: Rec. Ext. nº 81.707-RJ, relator Min. Cordeiro Guerra, à unanimidade, datado de 12 set. 1975. In RTJ n. 75, p. 965-8.

³⁷ A Súmula 380, estabelece *in verbis*: “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”.

³⁸ STF: Rec. Ext. nº 103.775-RS, relator Min. Aldir Passarinho, relator para o Acórdão Ministro Francisco Rezek, por maioria, datado de 17 set. 1985. In RTJ n. 117, p. 1264-1271.

seu concubino, vindo este e sua esposa a ficar com tudo, mediante uma manobra sobremodo artilosa e condenável”³⁹.

O condutor do voto vencedor, Ministro Francisco Rezek, assenta em suas razões de decidir que “semelhante ação não pode prosperar quando o réu seja casado, pesando sobre o seu patrimônio uma meação necessária”; além disso, não se refere a súmula 380 à relação adúltera⁴⁰.

O outro integrante da Turma julgadora, o Ministro Cordeiro Guerra, assevera:

“ [...] Não é possível que a família seja entregue aos caprichos sentimentais dos homens desatentos aos seus deveres conjugais [...]. Seria uma heresia jurídica, que atingiria os fundamentos da moral constituída”⁴¹.

No STJ, a partir da vigência da CF de 1988, não houve mudança do entendimento anteriormente esposado pelo STF. Vejamos a respeito o seguinte julgado:

“Concubinato. Partilha de Bens. Ação de Indenização ajuizada pela Concubina.

Não enseja o recurso especial o reexame de matéria probatória (Súmula nº 7 do STJ). Inviável, ademais, a pretensão reparatória por tratar-se, no caso, de concubinato aduterino. Inocorrência de afronta á lei federal e dissídio pretorinao não configurado.

Recurso de que não se conhece”⁴² (grifo nosso).

³⁹ STF: Rec. Ext. nº 103.775-RS, relator Min. Aldir Passarinho, relator para o Acórdão Ministro Francisco Rezek, por maioria, datado de 17 set. 1985. In RTJ n. 117, p. 1269.

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 1270

⁴¹ Idem, ibidem, p. 1270.

⁴² STJ: Rec. Esp. nº 5.202-CE, relator Min. Barros Monteiro, por unanimidade, datado de 11 dez. 1990. In internet www.stj.gov.br, pesquisado em 15 out. 2001.

O Relator do acórdão, Ministro Barros Monteiro, assenta no relatório o que consta da sentença recorrida:

“ [...] A jurisprudência hodierna, certamente diante das dificuldades aqui apontadas, optou pela não atribuição de efeitos jurídicos à relação concubinária estabelecida ante impedimento incontornável para o matrimônio entre os companheiros, tachando a união natural, no caso, de concubinato impuro e adúltero [...]”.

As dificuldades apontadas dizem respeito a identificação da real colaboração para construção do patrimônio que se pretende partilhar, o que levaria a necessidade da dupla meação.

Em seu voto, o Ministro Relator assevera: “cuida-se de concubinato mantido simultaneamente com o casamento civil do réu. Já aí se denota um óbice ao deferimento da partilha de bens pretendida [...]”.

Entendemos, no entanto, que o óbice citado não é jurídico, mas de ordem fática, pois em se identificando qual a contribuição direta, com capital ou com trabalho, de cada um, companheiro e companheira, deve o patrimônio ser dividido entre ambos, não havendo qualquer direito para o cônjuge, visto que interpretação diferente levaria ao enriquecimento sem causa por parte deste.

VI - A DOCTRINA E O CONCUBINATO ADULTERINO

A doutrina, em sua maioria, tem ignorado o concubinato adúltero, a que não faz qualquer referência. Alguns compêndios de direito de família se limitam a referir a impossibilidade do reconhecimento do concubinato em que pelo menos um dos partícipes é casado, afirmando que qualquer consideração a respeito fere o sistema monogâmico de

família e de casamento, considerando como dogma, de sorte que nenhuma consideração deve a mencionada relação ter no âmbito jurídico.

Outros Autores enfrentam o tema de maneira direta, embora negando o reconhecimento do *concubinato adulterino* como *entidade familiar*, como família no mais estrito sentido. Pereira assevera o seguinte:

“ [...] o Direito não protege o concubinato adulterino. A amante, amásia, ou qualquer nomeação que se dê à pessoa que, paralelamente ao vínculo de casamento, mantém uma outra relação, uma segunda ou terceira ... ela será sempre a outra, ou o outro, que não tem lugar em uma sociedade monogâmica. Alguns autores preferem nomear essas relações como “concubinato impuro”, em oposição a “concubinato puro”, ou “honesto” [...] ou aqueles em que não há impedimento legal para o estabelecimento da relação. É impossível ao Direito proteger as duas situações concomitantemente, sob pena de contradizer todo o ordenamento jurídico”⁴³.

Para Czajkowski não se pode considerar o *concubinato adulterino* como *entidade familiar*. Diz o Autor que “ [...] é inviável no sentido de ser juridicamente inaceitável [...]”. Eis as suas colocações:

“ [...] Quando ocorrer tal situação, na prática, o mais correto é indicar que o adúltero continua integrando tão-só a família constituída pelo matrimônio.

Nesta ótica o casamento sempre deve prevalecer sobre as relações concubinárias adulterinas. Se é o varão o cônjuge adúltero e tem fora do casamento, com a concubina, um filho, pode-se somente considerar como uma entidade familiar à parte, a concubina e seu filho, nos termos do art. 226, § 4º, da CF, excluído o pai [...]. O concubino devidamente não se insere em nenhum contexto familiar, neste âmbito. Não forma com a mulher adúltera

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, 3ª ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 1995, p. 74-5.

uma entidade familiar porque esta mulher integra, como esposa, a família constituída pelo casamento, com seu marido”⁴⁴.

Existem os que reconhecem, apenas, efeitos patrimoniais às relações concubinárias adulterinas, no âmbito do direito das obrigações, como sociedade de fato, fora, portanto, do contexto do Direito de Família. Verifiquemos o posicionamento de Gama, para o qual “é imperioso reconhecer que mesmo de tais uniões concubinárias advêm efeitos que o Direito não pode desconhecer, por aplicação dos princípios tradicionalmente reconhecidos [...]”⁴⁵.

Interessante mencionar posicionamento de Silva, que entende haver uma “união estável adulterina”, considerando que a Lei nº 9.278, de 10.5.96, não faz qualquer referência quanto ao estado civil dos partícipes⁴⁶.

Observamos, portanto, que os pronunciamentos judiciais e doutrinários admitem, quando muito, a partilha do patrimônio construído com o esforço comum, mencionando haver entre os partícipes uma sociedade de fato. Não se cogita da existência de uma *entidade familiar*, ressalvada a posição acima referida.

Sobre a posição de Silva⁴⁷ concordamos que estamos diante de uma entidade familiar; porém, de uma *nova* entidade familiar, que não se confunde com a união estável, não sendo o *concubinato adulterino* espécie desta, de sorte que deverá ser dispensado à situação um tratamento jurídico próprio, sem desconsiderar que se trata de uma *entidade familiar*.

⁴⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 49-50.

⁴⁵ GAMA, Guilherme Pereira Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 488.

⁴⁶ SILVA, Américo Luís Martins. *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 383.

⁴⁷ Idem, *ibidem*.

VII - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Segundo a nossa concepção inicialmente proposta de entidade familiar, como *unidade integrada pela possibilidade de manifestação de afeto*, verificamos, a partir de uma abordagem interdisciplinar, que “*a vida afetiva é a dimensão que dá cor, brilho e calor a todas as vivências humanas [...] experiência essa que afeta a totalidade individual e que, por isso mesmo, recebe o qualificativo de afetiva [...]*”⁴⁸.

Segundo Dalgalarrondo distinguem-se cinco tipos básicos de vivências afetivas:

1. Humor ou estado de ânimo; 2. Emoções; 3. Sentimentos; 4. Afetos; 5. Paixões⁴⁹. A manifestação afetiva, pois, não é necessariamente exclusiva. Ademais, não importa para o Direito impor tipos padrões de comportamentos, pois enquanto houver desejo irão se manifestar relações familiares, entenda-se, *entidades familiares* divergentes daquelas estabelecidas aprioristicamente, de sorte que não há como aprisionar o afeto, restringindo-o às relações de casamento, de união estável e a entidade monoparental. O pluralismo das entidades familiares impõe o reconhecimento de outros arranjos familiares além dos expressamente previstos constitucionalmente.

Afinal, existindo a possibilidade de manifestação de afeto, através da convivência, publicidade e estabilidade, estaremos diante de uma *entidade familiar*. Indubitavelmente em relações simultâneas estáveis, existe convivência, vida em comum, e, também, um mínimo de publicidade, pois ao menos algumas pessoas, parentes próximos, amigos íntimos, têm conhecimento daquela relação.

Negar essa perspectiva significa negar a própria realidade, pois o concubinato adúlterino importa, sim, para o Direito. As relações intersubjetivas estabelecidas repercutem no mundo jurídico, pois os concubinos, que preferimos chamar de

⁴⁸ DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. Porto Alegre: ARTMED, 2000, p. 100.

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

companheiros, convivem, às vezes têm filhos, existe construção patrimonial em comum. Destratar mencionada relação não lhe outorgando qualquer efeito atenta contra a dignidade dos partícipes, companheiro(a), filhos porventura existente. Além disso, reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato, consiste em uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade. Por fim, desconsiderar a participação do companheiro(a) casado(a) na relação concubinária, a fim de entendê-la como monoparental em havendo filho(s), ofende o princípio da livre escolha de entidade familiar, de família, pois que estaríamos diante de uma entidade monoparental *imposta*.

Retornando, agora para concluir, verificamos que Freud colocou como nossa estrutura de base o desejo. Não adianta aprisionar o ser humano, homem ou mulher, estabelecer este ou aquele relacionamento, exclusivo ou simultâneo; o amor, o afeto às vezes não se manifesta com exclusividade. Aqueles sentimentos não se submetem a amarras. O poeta Djavan, alagoano de boa cepa, com sensibilidade peculiar, pode definir a situação:

“ [...] O amor é como um raio
Galopando em desafio
Abre fendas cobre vales
Revolta as águas dos rios
Quem tentar seguir seu rastro
Se perderá no caminho [...] ”.

BIBLIOGRAFIA:

ALBUQUERQUE Fº, Carlos Cavalcanti de. A Situação Jurídica de Pessoas Solitárias. 2001. No prelo.

_____. *Entidades Familiares Constitucionalizadas*. originais dissertação de mestrado a ser defendida na Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, em fase de conclusão, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo. 2001.

BERQUÓ, Elza. Arranjos Familiares no Brasil: uma visão demográfica. In Fernando A. Novais (coord.) e Lilia Moritz Schwarcz (org.). *História da Vida Privada no Brasil – Contrastes da intimidade contemporânea*. Vol. 4.. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 412-438.

BITENCOURT, César Roberto. *Lições de direito penal: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre: à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996.

DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. Porto Alegre: ARTMED, 2000.

ENGELS, Friedrich, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

FACHIN, Luiz Edson, *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FREIRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 8ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1954.

FIÚZA, Ricardo. *Projeto de Código Civil*, aprovado em 15 ago. 2001.

GAMA, Guilherme Pereira Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In Vicente Barreto (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. In *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. Carlos Alberto Bittar (coord.). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-81.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de e FONSECA, André Isola. Conversa com um abolicionista minimalista. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 21, ano 6, jan./mar.-1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 13-21.

OLIVEIRA, Marcos Aurélio Costa Moreira de. O Direito Penal e a Intervenção Mínima. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 17, ano 5 – jan./mar.-1997, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 145-152.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 3ª ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 1996.

_____. A culpa no desenlace conjugal. In *Direito de família e ciência humanas*, nº 3. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000, p. 133-151.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 6.

SILVA, Américo Luís Martins, *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução Histórica da Família Brasileira. *In Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Dey Rey, 2000, p. 325-331.