

## Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade

Maria Berenice Dias

[www.mbdias.com.br](http://www.mbdias.com.br)

[www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)

[www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br)

A flexibilização das relações interpessoais, decorrente do progressivo afastamento do conceito sacralizado de família, tem conduzido a sociedade à aceitação das mais variadas formas de relacionamento.

As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, por se sentirem mais livres, buscam a realização do sonho pessoal sem se sentirem pressionadas a ficar dentro de estruturas pré-estabelecidas e engessadoras. Ocorreu uma verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual foram preservados. Nem mais o convívio sob o mesmo teto é exigido para o reconhecimento de uma entidade familiar, bastando para sua configuração um projeto de vida comum.

Com isso alargou-se o conceito de família, passando a enlaçar todas as formas de convivência que se estruturam a partir de um comprometimento amoroso. Ainda que não se possa dizer que a família está em desordem, 1[1] família agora é um conceito plural: desconstituída, recomposta, monoparental, homoparental, clonada ou gerada artificialmente. Como alerta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka não importa a posição que o indivíduo ocupe na família ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, *o que importa é pertencer ao seu âmbito, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.*1[2]

Não mais se identifica como família exclusivamente o relacionamento selado pelo matrimônio. O conceito de família alargou-se passando a albergar os vínculos gerados pela presença de um envolvimento afetivo. O amor tornou-se um fato jurídico merecedor de proteção constitucional. A existência de um elo de afetividade é o que basta para o reconhecimento de uma entidade familiar. Com o desaparecimento da família patriarcal e matrimonializada, passou a família a ser identificada pelo laço de afetividade que une pessoas. Conforme bem lembra Paulo Luiz Netto Lôbo,1[3] *o princípio da afetividade tem fundamento constitucional: não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico.*

Como mudaram os paradigmas da família, não se pode deixar de enlaçar no seu conceito todos os relacionamentos que se constituem pelo comprometimento amoroso. Hoje, o que leva a inserir o relacionamento no âmbito do Direito de Família é o afeto, independente da sacralização da união, da finalidade procriativa e até do sexo de seus integrantes. Basta lembrar as famílias monoparentais e as relações que ao invés de homossexuais passaram a ser chamados de homoafetivos.

Nesse panorama não mais cabe deixar de extrair efeitos jurídicos de um fato que existe, sempre existiu, mas que a justiça se nega a reconhecer: vínculos afetivos mantidos de forma concomitante. *A realidade social ao longo*

*da história insiste em contrariar a determinação legal, de sorte que relações paralelas, duráveis, sempre ocorreram e continuam existindo.*<sup>1[4]</sup> Trata-se de postura historicamente assumida pelos homens que têm a tendência à infidelidade e se orgulham por manter relacionamentos afetivos com mais de uma mulher.

Sob o fundamento de que o sistema monogâmico é a forma eleita pelo Estado para a estruturação da família, a ponto de a bigamia figurar como delito sujeito a sanções penais, tende a jurisprudência em não aceitar que mais de um relacionamento logre inserção no mundo jurídico. Ao menos há enorme resistência em identificar ambos os vínculos no contexto do Direito de Família e emprestar-lhes as benesses que este ramo do direito outorga.

A intervenção do estado no âmbito da família, porém, deve se dar apenas no sentido de proteção, nos precisos termos da Constituição Federal, não em uma perspectiva de exclusão. Conforme Carlos Cavalcanti de Albuquerque Neto,<sup>1[5]</sup> *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.*

O art. 1.727 do Código Civil, em muito reforçou a postura da exclusão, pois ressuscitou o concubinato com o só intuito de dizer que não gera qualquer efeito. Pelo que está dito, a ausência de juridicidade é total. As uniões não são albergadas nem no âmbito do Direito de Família e nem em qualquer outro ramo do direito. Pelo jeito, simplesmente não existem!

Diante da realidade que se coloca, e em face da enorme dificuldade no enfrentamento destas situações, acaba a doutrina por tentar modalidades classificatórias. Chamando ditos relacionamentos de concubinato adúltero, procede-se à identificação de espécies: concubinato adúltero puro ou de boa-fé e concubinato adúltero impuro ou de má-fé. A diferença centra-se exclusivamente no fato de a mulher ter ou não ciência de que o parceiro se mantém no estado de casado ou tem outra relação concomitante. Assim, e ainda segundo esta corrente que vem se fortalecendo, somente quando a mulher é inocente, isto é, afirma não ser sabedora de que seu par tem outra, há o reconhecimento de que ela está de boa-fé e se admite o reconhecimento da união estável, com o nome de união estável putativa.

No entanto, se a mulher afirma que sabia do duplo relacionamento, se entende que há confissão de sua má-fé e simplesmente tal vínculo é dado por inexistente. De nenhum valor se reveste, não sendo incluído na esfera da juridicidade. No máximo – e tão-só em respeito ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa – alguns julgados remetem dita relação ao campo do direito obrigacional. Passa-se a ver mera sociedade de fato, ou seja, uma entidade com fins exclusivamente econômicos. Mas, *reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato, consiste em uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade.*<sup>1[6]</sup> Extinta a sociedade, proceda-se à divisão dos lucros, isto é, dos bens amealhados durante o período de vigência da dita sociedade. Invoca-se a Súmula 3801<sup>[7]</sup>.

Como, em regra, o patrimônio está em nome e nas mãos do homem, é onerada a mulher com o encargo de provar que contribuiu de forma efetiva e aporte financeiro para o acréscimo patrimonial eventualmente ocorrido. Mas, se

não houve aquisição de bens, nada lhe é deferido, nem alimentos e nem qualquer direito sucessório. Da relação que, indiscutivelmente existiu, safa-se o homem sem qualquer ônus ou encargos, ficando com a integralidade dos bens. O relacionamento desaparece, é condenado à invisibilidade. E, o grande beneficiado é o varão. Por manter dois vínculos afetivos simultâneos livra-se ileso.

Duas ordens de observações merecem ser feitas. Sem qualquer sombra de dúvida, o intuito é punir a mulher que, sabedora da existência da outra relação, ainda assim mantém o vínculo afetivo. Independentemente da presença de todos os requisitos legais para o reconhecimento da união estável, acaba por ser expulsa do âmbito da proteção instituída constitucionalmente. O fundamento, é de todo falacioso. Sabendo a mulher do relacionamento paralelo, estaria agindo de má-fé, não se podendo ter por presente o objetivo de constituição de família, requisito de ordem subjetiva exigido pelo art. 1.723. De outro lado, afirmando a mulher desconhecer que, a pessoa com quem entretém uma convivência duradoura, pública e contínua, vive também com outra, então é reconhecida sua boa-fé e a existência de uma união estável. Assim, o requisito de ordem subjetiva para o reconhecimento da entidade familiar, qual seja, a intenção de constituir uma família, só se perquire da mulher. Quanto ao varão – que é quem mantém a dupla convivência – desimporta sua intenção.

A outra conclusão que se extrai desta tentativa classificatória é que acaba sendo beneficiado justamente aquele que infringiu o princípio da monogamia. O resultado que se quer obter: punir a poligamia, acaba, ao fim e ao cabo, beneficiando quem infringiu o princípio que é tido como o mais sagrado, por ser o ordenador da vida em sociedade. Reconhecida a concomitância dos relacionamentos, se subtrai qualquer responsabilidade exatamente de quem agiu da maneira merecedora da reprovação social. Assim, quem comete o delito de adultério, quem infringe o dever de fidelidade e descumpre o princípio da monogamia é o único beneficiado. Fica com a totalidade do patrimônio e sem qualquer encargo.

De outro lado, quando o homem mantém duas uniões estáveis, não divide nada com ninguém. Nada divide com uma das mulheres exatamente por ter mais de um relacionamento. Com referência a cada união nada deve pela manutenção da relação outra. Serve uma de justificativa para a outra, a gerar sua irresponsabilidade com relação às duas companheiras. O varão se queda sem qualquer ônus, ainda que mantenha duas uniões estáveis, com a presença de todos os requisitos legais.

Segundo quem assim julga, o desrespeito a regra da unicidade relacional é premiado. Safa-se o varão sem nenhuma obrigação, nenhum encargo lhe é atribuído, não se sujeita a punição alguma. O efeito desarrazoado dessa inversão, já chamou a atenção do STF: *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 seu concubino, vindo este e sua esposa a ficar com tudo, mediante uma manobra sobremodo ardilosa e condenável.*<sup>1</sup>[8]

No mesmo sentido jse manifestou o STJ: *A censurabilidade do adultério não haverá de conduzir a que se locuplete, com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica.*<sup>1[9]</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, aplaude decisão outra do mesmo Tribunal que determinou a divisão igualitária de benefício previdenciário entre a esposa e companheira, invocando o princípio da afetividade que dispõe de referendo constitucional.<sup>1[10]</sup>

Diante dessa distorcida maneira de ver as coisas, mister reconhecer que persiste uma postura conservadora e preconceituosa com relação à mulher. É punida em nome da preservação do que se convencionou chamar de moral e bons costumes, enquanto o homem sai privilegiado. Essa diferença de tratamento deixa claro que a solução preconizada pela jurisprudência dominante nada mais faz do que penalizar a mulher por uma atitude que só pode ser atribuída ao varão. É ele e não ela quem mantém vidas paralelas. Simplesmente não ver uma situação que existe, pela só ciência do relacionamento poligâmico do par, revela nítida intenção censória, quase vingativa.

O absurdo da solução preconizada se flagra ante a possibilidade de extraírem-se efeitos jurídicos quando se está na presença do que se chama concubinato puro ou de boa-fé. A situação, no entanto, é absolutamente a mesma: um varão – eis que está postura é basicamente masculina – entretém vínculo afetivo com duas mulheres. Se aquela que vem a juízo buscar o reconhecimento do vínculo dizer que sabia da condição de casado do parceiro, não lhe é assegurado nenhum direito. É quase como se o juiz respondesse com um agressivo: “bem feito!”. Porque sabia do outro relacionamento, não tem qualquer direito. Agora, ainda que a situação seja objetivamente igual (ou seja, mantém o varão duas uniões), mas alegar a mulher que não sabia da vida dupla do parceiro, considerando sua boa-fé, lhe são assegurados, todos os direitos reconhecendo-se o que se chama de união estável putativa.

Às claras que essa solução não atende ao fim da atividade jurisdicional. Deve o magistrado ter coragem de assumir uma postura que atenda ao momento em que a sociedade está vivendo, não se tornando mero aplicador da lei que, muitas vezes, não reproduz o estágio já alcançado pelo meio social. Sua função é extremamente rica. Para atender à sua obrigação de fazer justiça, muitas vezes o julgador precisa afrontar a lei ou criar soluções que se amoldem ao fato que se apresenta a julgamento.

O Judiciário é um importante colaborador para que o Estado cumpra sua função de regulamentar a sociedade dentro dos cânones consagrados na Constituição Federal. Precisa cada vez mais assumir a responsabilidade de fazer justiça. Para isso deve oxigenar as regras jurídicas com a realidade da vida. Também não pode deixar de reconhecer direitos ou impor obrigações sob o fundamento de que a questão trazida a julgamento refoge ao socialmente aceito.

Decisivo é o papel do Poder Judiciário que não pode permitir afronta à ética. *Destratar mencionada relação não lhe outorgando qualquer efeito atenta contra a dignidade dos partícipes, companheiro (a) porventura existentes.*<sup>1[11]</sup> A ninguém é dado locupletar-se da própria torpeza e invocar exatamente sua deslealdade como fonte de beneficiamento.

O conceito de família sofreu uma profunda alteração, alteração esta a que foram sensíveis os juízes. Para as relações chamadas de espúrias serem inseridas na órbita jurídica foi fundamental a interferência dos Tribunais. O concubinato acabou alçado à órbita constitucional como entidade familiar, por obra e graça da justiça. Quando a jurisprudência se cristaliza, impõe ao legislador que assuma seu encargo de criar regras jurídicas para regular as situações consolidadas pelo Poder Judiciário. Por isso o juiz necessita estar à frente de seu tempo. Deve apreender os fatos sociais e apreciá-los dentro do contexto em que ocorrem. De todo descabido, até por vedação legal, que deixe de julgar alegando falta de previsão na lei.

Não se pode esquecer que a jurisprudência, ao constatar que estruturas de convívio diversas do casamento não mais afrontavam a moral, reconhecem que as uniões concubinárias não se comportavam na vedação legal. Com isso foram afastados, de forma bastante corajosa, os dispositivos do Código Civil de 1916 que impediam o reconhecimento de direitos aos vínculos extramatrimoniais.

Agora, para a configuração da união estável basta identificar os pressupostos da lei, entre os quais não se encontra nem o direito à exclusividade e nem o dever de fidelidade. Assim, imperioso que se cumpra a lei, que se reconheça a união estável quando presentes os requisitos legais a sua identificação, ainda que se constate multiplicidade de relacionamentos concomitantes.

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

Negar tais relacionamentos tem um efeito injusto: beneficia o parceiro que foi infiel. Acaba a Justiça ferindo o mais mezinho princípio ético, pois permite o locupletamento do adúltero. O Poder Judiciário não pode ser conivente com quem descumpriu o dever de fidelidade e de lealdade. Ao condenar à invisibilidade uma situação que existe, acoberta um ilícito beneficiando exatamente quem afrontou a moral e os bons costumes.

O só fato de a sociedade prestigiar a monogamia – a ponto de considerar crime o adultério – não é suficiente para deixar de ver os relacionamentos que não se submetem a esse cânone, não obedecem à dita restrição. Tal circunstância, no entanto, não pode gerar uma solução punitiva ou vingativa. Deixar de ver que há situações que se estabelecem à margem dos parâmetros não aceitos pela moral convencional, não as faz desaparecer do mundo dos fatos. Via de consequência, descabe singelamente deixar o sistema jurídico de reconhecê-los.

É inadmissível tentar não ver o que existe: mesmo sendo dois os relacionamentos em que se detecta a presença da vinculação afetiva, é imperiosa a extração de efeitos jurídicos, senão pelos deveres de mútua assistência preconizados na lei, ao menos pelo tão conhecida expressão de Saint Exupéry : *você é responsável pelas coisas que cativa!*

- 
- 1[1] ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em Desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- 1[2] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e Casamento em Evolução in *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese. 1999. v. 1, p.8.
- 1[3] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM. 2002, v. 12, p. 46.
- 1[4] ALBUQUERQUE NETO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. In *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002, p. 152.
- 1[5] Op. cit., p. 150.
- 1[6] . op. cit., p. 159.
- 1[7] Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, e cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.
- 1[8] Voto vencido do Rel. Min. Aldir Passarinho, no Rec. Extr. 103.775/RS, julgado em 17.9.1985. RTJ 117, p. 1.269.
- 1[9] Resp. nº 47.103/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 13.02.1995.
- 1[10] LÔBO, Paulo Luiz Netto, op. cit. p. 53.
- 1[11] ALBUQUERQUE NETO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. In *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002, p. 159.