

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/11/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34271-flexibilizando-o-direito-das-famlias-p-s-emenda-constitucional-n-66>

Autore: Hélio Veiga Júnior

Flexibilizando o Direito das Famílias Pós Emenda Constitucional nº 66

Flexibilizando o Direito das Famílias Pós Emenda Constitucional nº. 66.

Hélio Veiga Júnior

Sumário

Introdução. Abstract. 1. A relevância da figura da culpa na dissolução da sociedade conjugal após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 66 de 13 de julho de 2010. 2. As consequências da inobservância dos deveres do casamento. 3. A abrangência do dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges prevista no art. 1566, I do Código Civil de 2002 e a hipótese de flexibilização deste dever. 4. A possibilidade de coexistência simultânea de duas ou mais entidades familiar. 5. O concubinato consentido, a nova figura do “Poliamorismo” e seus efeitos. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente estudo procura demonstrar a relevância da temática proposta, em virtude da existência do art. 1566, I do Código Civil Brasileiro de 2002 que prevê o dever de fidelidade recíproca entre ambos os cônjuges nos dias de hoje em que a discussão sobre ser fiel no âmbito do casamento se tornou complicada pelo fato de ter a Emenda Constitucional nº. 66 de 2010 instituído a possibilidade do Divórcio Direto e com isso praticamente excluiu a figura da culpa a ser discutida nas lides sobre a dissolução da sociedade conjugal. Com a exclusão da análise da figura da culpa nas ações que versem sobre a dissolução da sociedade conjugal, passou, desta feita, a se indagar sobre a necessidade de se manter os deveres do casamento como pressupostos básicos para nortear a vida conjugal que no Brasil contemporâneo passou a ter significado distinto do que possuía em outras épocas mais conservadoras.

Muito embora os deveres do casamento tenham perdido parte de sua eficácia, estes deveres ainda possuem relevância no que se refere aos alimentos e ao direito a manter o nome advindo do respectivo cônjuge, tendo em vista o que os arts. 1578 e 1694, §2º, ambos do Código Civil brasileiro, os quais não foram revogados, ainda possuem aplicabilidade geral, implicando assim que existem consequências para a inobservância dos deveres do casamento, mesmo após a entrada em vigor da referida E.C. nº. 66/2010.

Nesse mesmo diapasão, estuda-se igualmente a possibilidade da flexibilização do dever de fidelidade recíproca no casamento, levando em consideração a grande renovação e transformação pelas quais a sociedade brasileira tem passado, tendo em vista o surgimento de novos modelos de famílias paralelas que a cada dia aumentam justamente pelo fato de existir uma nova mentalidade da população brasileira acerca da compreensão do dever de fidelidade no casamento.

Analisar-se-á igualmente se o dever de fidelidade, em um âmbito de relações privadas, como deve ser no casamento, em que o Estado deve interferir o mínimo possível, poder ser flexibilizado pelos cônjuges havendo assim uma pressuposta aceitação da relação do parceiro com uma terceira pessoa fora do casamento ou união estável.

A partir dessa flexibilização, passa-se então a ser necessário estudar as consequências no mundo jurídico que essas relações adjacentes ao casamento ou à união estável podem gerar, pois não pode o direito pátrio fechar os olhos às relações paralelas que já se tornaram uma realidade comum no Brasil contemporâneo, levando em consideração, assim, a possibilidade de coexistência simultânea entre casamento ou união estável com outra união paralela que ocorre incidentalmente ao casamento ou à união estável.

Por fim, o presente estudo visa também abordar a questão do concubinato consentido, o que se trata do ponto primordial no que tange à criação da Teoria do “Poliamorismo”, que também já é uma verdade na sociedade brasileira contemporânea.

Abstract

The present study seeks to demonstrate the relevance of the proposed theme, according to the article 1566, I from the Civil Brazilian Code of 2002 that previews the duty of mutual fidelity between spouses nowadays in which the discussion about being faithful in marriage became complicated by the fact that the Constitutional Amendment. n°. 66/2010 established the possibility of divorce directly and thus virtually excluded the figure of blame to be discussed in family lawsuits concerning the dissolution of the conjugal partnership.

Excluding the analysis of the “blame” figure on the lawsuits concerning the dissolution of the conjugal partnership, it revealed essential to inquire about the necessity of maintaining the duties of marriage as the basic assumptions to guide conjugal life in contemporary Brazil that now shares different meanings concerning fidelity differently than it did at other more conservative times.

Although the duties of marriage have lost some of their effectiveness, these duties still have relevance concerning the right to receive benefits under Brazilian law known as food and the right to keep the name that derives from the other spouse’s name, concerning the articles. 1578 and 1694, § 2º, both from the Brazilian Civil Code, the ones that have not been revoked, still in general applicability, implying that there are consequences for failure to comply with the duties of marriage, even after the validation of the Constitutional Amendment nº. 66, created in 2010.

Following the same rational way concerning this article, it is too analyzed the possibility to flexible the duty of reciprocal fidelity in marriage, taking in consideration the big transformation for which the Brazilian society has been going through, given the appearance of new models of families that increases everyday precisely because there is a new mentality of the population about the understanding of the duty of fidelity in marriage.

It will also be analyzed if the duty of fidelity could go through a flexibility intervention in which there’s a presupposing acceptance of the partner relationship with a third person outside the marriage or stable relationship, in a context of private relations, as it should be in marriage or stable relationship, in which the State should interfere minimally.

Based on this flexibility, it becomes then necessary to study the consequences in the legal world that these adjacent relations can bring to a stable relationship or marriage, once the Brazilian law cannot be careless concerning the parallel relationships, relationships that have already become a common reality in contemporary Brazil, taking in consideration the possibility of simultaneous coexistence of marriage or stable relationship with another union that occurs incidentally parallel to marriage or stable relationship.

Finally, this study also aims to address the issue of consensual cohabitation with a third person outside the relation, which is the primary point regarding the creation of the theory of "Polyamory", which is also already a fact in contemporary Brazilian society.

1. A relevância da figura da culpa na dissolução da sociedade conjugal após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 66 de 13 de julho de 2010.

O art. 1566 e seus respectivos incisos I, II, III, IV e V do Código Civil¹ apresenta na legislação infraconstitucional os deveres de ambos os cônjuges na constância do casamento, tais sendo: a fidelidade recíproca; a vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, a guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos.

Inobstante à supramencionada norma jurídica, adveio posteriormente a esta a E.C. nº. 66/2010, a qual possibilita a Ação de Divórcio Direto sem as condicionantes previstas no art. 226, §6º da Constituição Federal², quais sejam: a prévia separação judicial que possua mais de um ano ou a prévia separação de fato comprovada há mais de dois anos. Com isso, ressalta-se, indubitavelmente, que o alvo da mencionada E.C. foi o art. 226, §6º da CF.

Com o advento da E.C. de nº. 66/2010, não mais se discute a culpa no que se refere à separação ou divórcio, ressalvado dois casos referente aos *alimentos* (art. 1694, §2º, CC) e quanto ao *nome* (art. 1578, CC).

Devido ao fato de a E.C. em questão ter abolido a discussão sobre a culpa na dissolução da sociedade conjugal, reduzindo a importância desta no Direito das Famílias, passou-se, desta feita, a surgir dúvidas no tocante à necessidade e relevância de preservar os deveres conjugais abarcados no art. 1566 e seus incisos do CC.

Nesse sentido é importante dizer que, mesmo após terem sido os deveres conjugais mitigados e tendo sido fortemente reduzidos a sua importância para a discussão da culpa nas ações de separação e divórcio, ainda sim é necessário aos nubentes prestarem a

¹ Brasil. Lei nº. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Art. 1566, I-V.

² Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 226, §6º.

devida atenção bem como dar o devido valor a tais deveres, pois, lógico é observar que a *mens legislatoris* não teve a intenção de retirar a validade jurídica- infraconstitucional do art. 1566 do Código Civil, mas apenas de mitigar a discussão sobre a culpa quando das ações judiciais de dissolução do casamento.

Induzir o intelecto a raciocinar que a E.C. de nº. 66/2010 veio para acabar com os deveres do casamento seria um retrocesso gigantesco no que diz respeito à própria dignidade da pessoa humana abarcada no art. 1º, III da Constituição Federal, que por ser um princípio constitucional, rege absolutamente as diretrizes de normas infraconstitucionais, e por isso seria inoportuno não mencionar a tão devida constitucionalização do direito civil.

Não se pode afirmar que com o surgimento da Emenda do Divórcio Direto – E.C. 66 – os deveres conjugais se extinguiram por completo, não tendo mais os futuros nubentes (casais pós-emenda constitucional nº. 66) que serem fiéis reciprocamente, possuírem vida em comum³, não prestarem mútua assistência, não prestar o devido auxílio de guarda, sustento e educação aos filhos e principalmente prestarem respeito e consideração⁴ mutuamente.

Muito embora os deveres do casamento não tenham se extinguido pela criação da E.C. 66, mesmo porque o art. 1566 e respectivos incisos do Código Civil ainda continuam vigentes e operando juridicamente com eficácia *erga omnes*, uma crítica ao excesso de ingerência do poder do Estado dentro das famílias, mormente aqui ao casamento, deve ser apreciada, como nos revela a lição de Maria Berenice Dias⁵:

“A necessidade de demarcar os **núcleos familiares** como elementos estruturantes da sociedade leva o Estado a regular, à exaustão, o casamento como forma de constituição da família. Não se restringe a chancelar o **casamento** e limitar a sua **dissolução**. Assumindo o encargo de proteger a

³ A expressão “em domicílio conjugal” contida no art. 1566, II, CC, deveria ser retirada do texto normativo, por não mais configurar uma exigência legal na atualidade, tendo em vista que vários casais possuem um domicílio conjugal em comum, mas não permanecem juntos neste domicílio conjugal, sendo comum na vida contemporânea um dos cônjuges não coabitar com o outro respectivo cônjuge por questões relativas ao trabalho e o respectivo sustento da família. Coabitar não pode ter o mesmo significado de vida em comum.

⁴ Flávia Piovesan revela em uma de suas obras que o respeito e consideração pelo próximo são questões inerentes à primazia do valor da dignidade da pessoa humana, um verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo. IN PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11 e 12. É neste mesmo sentido que resta óbvio aludir que o respeito e a consideração mútua devem ocorrer entre pessoas, seja elas ou não vinculadas pelo laço matrimonial.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 259.

família, sente-se autorizado a atribuir responsabilidades ao casal e impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges.” (grifos da autora).

É nesse sentido que se demonstra o excesso de ingerência do Estado na vida particular das famílias quando o próprio Estado não se satisfez por apenas regular as diretrizes sobre do ato de se casar e da dissolução do casamento, mas fez igualmente questão de adentrar ao âmbito familiar ditando regras e impondo princípios a serem seguidos por ambos os cônjuges.

O excesso de regramento imposto pelo Estado à vida conjugal chega a ser visivelmente latente quando aquele impõe aos casais o dever da fidelidade recíproca, o qual, felizmente ou infelizmente, a depender da consciência de cada um, já está caindo em desuso pelos casais da atualidade⁶. A vida conjugal contemporânea passa abruptamente por uma mudança que revela uma nova tendência sobre os laços de fidelidade, reciprocidade, afabilidade e todos os princípios básicos que deveriam existir em toda relação conjugal. O conceito de fidelidade nos moldes de hoje vai, aos poucos, ganhando adornos que contribuem para uma flexibilização do termo “fidelidade”.

Mas o Estado insiste em regular até mesmo o que é subjetivo, intrínseco à vontade humana, tentando regular não apenas o que é empiricamente passível de regulação como normas básicas do ato de se casar assim como normas referentes à dissolução da sociedade conjugal, mas igualmente o que é subjetivo, de análise que compete apenas aos que se relacionam. De acordo com Rolf Madaleno⁷, “o casamento deita sobre o par afetivo um conjunto de enunciados enumerados pela lei, que impõe uma espécie de poder absoluto e exclusivo de um sobre o outro.” Ocorre que, nem sempre, entre todos os casais existirá o dogma estatal sobre os deveres do casamento com o completo respeito e atenção àqueles. Por isso o Estado deveria se limitar a regular apenas os aspectos materiais do casamento e da

⁶ Zygmunt Bauman em sua obra intitulada “Amor Líquido” nos demonstra que a sociedade atual não mais preserva valores como os de antigamente por culpa da cultura consumista que favorece o consumo imediato de todas as coisas, o prazer passageiro, a satisfação instantânea, tudo que não exige esforços prolongados. Nesse sentido também se impõe as relações interpessoais, concebendo ao relacionamento entre homem e mulher algo efêmero, instantâneo, passível de ser descartável. Em suma, alega-se que o amor foi substituído por relações descartáveis, hoje em dia, infelizmente, aceito como prática corriqueira na sociedade. Nunca foi tão fácil existir relações avulsas entre homem e mulher. In BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 21.

⁷ MADALENO, Rolf. O débito e o crédito conjugal. In GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 195-204.

dissolução da sociedade conjugal, não invadindo a esfera intersubjetiva de cada casal, pois não deve prevalecer o exacerbado intervencionismo do Estado nas relações afetivas em seus aspectos subjetivos.

Portanto, é razoável concluir que os deveres entre os cônjuges estipulados pelo art. 1566, I a V, do Código Civil ainda possuem bastante relevância como princípios norteadores das relações conjugais mesmo não sendo mais necessária a atribuição da culpa quando das ações de separação ou divórcio, com exceção à questão dos alimentos e ao nome, mas é igualmente razoável aduzir que o Estado invadiu indevidamente a regulação das relações afetivas além de sua competência, instituindo normas cujo caráter é meramente de decisão subjetiva de quem se encontra naquela relação afetiva.

2. As consequências da inobservância dos deveres do casamento.

Ao se indagar se haveria consequências para o cônjuge culpado por descumprir os deveres do casamento apregoados no art. 1566, I a V do Código Civil, verificar-se-á, no que se refere a alimentos e à questão do nome, que consequências punitivas serão arbitradas em desfavor do culpado.

O art. 1694, §2º, CC⁸, atinente aos alimentos, assevera expressa punição ao culpado pela dissolução da sociedade conjugal, *in verbis*:

“Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de **culpa** de quem os pleiteia.” (grifou-se).

Com a igual intenção de punir o culpado pela dissolução da sociedade conjugal, mormente à questão do nome, o art. 1578 do Código Civil brasileiro⁹ também guarda retaliação, *in verbis*:

“O cônjuge **declarado culpado** na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se¹⁰ a alteração não acarretar: I – evidente prejuízo

⁸ Brasil. Lei nº. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Art. 1694, §2º.

⁹ Brasil. Lei nº. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Art. 1578.

¹⁰ Importante é notar a expressão condicionante do art. 1578 do CC – “se” – pois esta regra sofre uma restrição se a retirada do nome de família que um dos cônjuges pegou do outro causar a quem perde o nome, algum tipo de prejuízo. De igual importância é salientar o §1º do art. 1578 do CC, que de igual forma, permite ao “cônjuge

para sua identificação; II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III – dano grave reconhecido na decisão judicial.” (grifou-se).

Dessa forma, verifica-se que a lei reservou consequências punitivas para o culpado pela dissolução do casamento no tocante aos alimentos bem como à preservação ou retirada do nome de família advindo na maioria das vezes do nome de família do marido¹¹.

Portanto, sempre foi comum aos olhos do judiciário fazer uso da regra supracitada quando verificada que, por exemplo, na maioria dos casos, a mulher quebrava um dos deveres do casamento e se via obrigada a receber apenas os alimentos indispensáveis à subsistência¹² e desfazer do nome que antes também era seu, advindo com o casamento.

Muito embora a E.C. nº. 66 tenha, ao instituir a possibilidade do Divórcio Direito sem prévia observação aos requisitos previstos no §6º do art. 226 da CF, descaracterizado, desta forma, a necessidade da atribuição de culpa quando da dissolução do casamento, os reflexos do art. 1566, I-V, CC em consonância com o art. 1694, §2º, CC e o art. 1578, CC ainda pairam no ordenamento jurídico, com pouco, e em extinção, efeito prático sobre os atuais julgados.

Não obstante a figura da culpa já ter perdido grande parte de sua importância no que se refere a alimentos e o nome, essa mesma figura atualmente se tornou quase que inexistente quando as partes sabem que não há viabilização real da prestação de alimentos e os nubentes não adotaram os sobrenomes um do outro, isso porque, discutir a culpa pelo fim da sociedade conjugal além de tornar a lide mais amarga do que já o é

“inocente”, a qualquer momento, retirar de seu próprio nome o nome que adveio do cônjuge declarado culpado. No que se refere às questões da prática judiciária atual, nas ações de divórcio direto ajuizadas hoje em dia, a utilidade do art. 1578 e suas derivações e restrições se perdeu, pois se restou comum o pedido postulatório da inicial de divórcio direito com fundamento na EC de nº. 66, o pedido do requerente em voltar a utilizar o nome de solteiro.

¹¹ O costume demonstra que apenas mulheres faziam o costume de integrar o nome de família (sobrenome) do marido ao seu nome quando do casamento. O contrário era de rara incidência ou praticamente nula. Isso, com efeito, deve-se ao machismo épico que sempre assolou o país.

¹² A expressão “indispensáveis à subsistência” poderia ser traduzida por “alimentos naturais ou necessários”, como revelado por Rolf Madaleno, que abrange apenas a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação. Não sendo possível falar em alimentos civis ou côngruos, os quais são destinados a manter a condição social do credor de alimentos, os quais abrangem também as necessidades de nível intelectual ou moral. In MADALENO, Rolf. A execução de alimentos e o cumprimento de sentença. IN PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf. (coords). *Direito de família: processo, teoria e prática*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 243.

naturalmente, também se faz igualmente indesejável pelo excesso de constrangimentos causados às partes que para atribuição de culpa precisão provar coisas que humilham a própria parte na produção da prova que tem o intuito de, por exemplo, provar a infidelidade do marido ou da esposa ou a falta de respeito e consideração.

Em pleno século XXI, analisando a velocidade com que as conexões sociais se formam e a rapidez com que a sociedade anseia para viver o agora, pelo desejo do instantâneo, pela aceitação de novos modos de relacionamento, novos surgimentos de conceitos de família, se tornou desnecessária a atribuição da culpa quando da dissolução da sociedade conjugal. Muito embora ainda exista no ordenamento jurídico pátrio tal figura, esta perde, cada vez com mais freqüência, razão e força.

Assim, pode-se concluir com clareza que, existem ainda consequências previstas pela lei para o declarado culpado pela dissolução do casamento, mormente ao que se refere a alimentos e ao nome, mesmo porque os arts. 1694, §2º e 1578, ambos do Código Civil, não foram revogados, mas cumpre deixar igualmente límpido que a figura da culpa já quase não tem mais lugar nas demandas judiciais referentes à separação ou divórcio.

3. A abrangência do dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges prevista no art. 1566, I do Código Civil de 2002 e a hipótese de flexibilização deste dever.

No que tange à abrangência do dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges, dever este abarcado no primeiro inciso do art. 1566 do Código Civil, deve-se dizer primeiramente que é um dever que exige atenção pelos dois cônjuges igualmente, pelo que revela o art. 226, §5º da Constituição Federal, devendo, obviamente, tanto o homem quanto a mulher ser fiel um ao outro.

Muito embora este seja um dever imposto pela lei, com a necessária observância pelos casais que contraem matrimônio de acordo com as leis brasileiras, e ouso

dizer, em acordo com a maioria das leis interamericanas e européias¹³, este dever e princípio está sendo mitigado e perdendo com rapidez sua importância.

Como já demonstrado pelas ideias de Zygmunt Bauman em sua obra “Amor Líquido”, a sociedade contemporânea perdeu muito dos princípios atinentes ao amor, cumplicidade, afabilidade, reciprocidade, e para alguns, também o respeito. A busca desenfreada pelo prazer mundano, rápido, instantâneo, a desilusão com relacionamentos de longo prazo, a falsa ideia de amor, ou mais exatamente, sua banalização, visto que nunca foi tão fácil dizer “eu te amo” sem ter que se provar o que foi alegado, causou o que Bauman¹⁴ explicita dizendo que nos relacionamentos as promessas de compromisso, entre elas a fidelidade, se tornaram irrelevantes a longo prazo pelo fato de que a sociedade passou a enxergar os relacionamentos como investimentos.

É nesse sentido que se pode dizer que o dever de fidelidade foi flexibilizado pela sociedade moderna representada pelos cônjuges da nova era, sendo possível, senão desejável para os pensamentos menos puritanos e mais modernos, tal flexibilização.¹⁵

A resposta não poderia ser outra senão positiva ao se indagar sobre a possibilidade do dever de fidelidade ser flexibilizado pelos cônjuges no Brasil atual, isto porque se trata de realidade vertente no país a figura da infidelidade. É nesse diapasão que Lucas Abreu Barroso em sua obra intitulada a Realização do Direito Civil revela que o direito de família no Brasil deve buscar atender o máximo possível as realidades vivenciadas¹⁶. Isso não significa dizer que o direito deve bater palmas para a infidelidade, mas sim perceber que no tocante a este assunto, que atualmente melhor seria deixar a para a ciência da vivência conjugal estabelecer se a fidelidade seria ou não um dever do casamento.

¹³ Importante ressaltar tal questão quanto à validade da lei nos âmbitos dos países americanos e europeus onde prevalece o entendimento puritano de fidelidade no casamento, muito embora nos países islâmicos, mesmo sendo aceita a bigamia ou a poligamia, ainda existe também a figura da infidelidade.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 28-30.

¹⁵ Opiniões subjetivas sempre existirão acerca do assunto, mas se existe algo que contraria a desvirtuada visão da possibilidade da infidelidade é a ideia de posse e propriedade que o homem e a mulher exercem um pelo outro, como sempre ocorreu.

¹⁶ O autor verbera que o direito para ser eficaz deve estar igualmente em condição de dar soluções, moldando-as às demandas concretas da realidade estatal. In BARROSO, Lucas Abreu. Desmistificando as relações de família no novo direito civil. In BARROSO, Lucas Abreu. *A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011.

Não pode, entretanto, ser olvidado que, por mais que a lei considere a fidelidade um dever a ser cumprido no casamento, não existem mecanismos suficientemente capazes de fazer com que a lei impere plausivelmente em seu pleno ímpeto, pois se assim o fosse, a infidelidade não ocorreria no Brasil, e o adultério seria banido do país. Isso porque a infidelidade se trata de uma vontade ou desejo subjetivo de cada casal, sendo que existirão casais a favor da fidelidade assim como existirão casais que defenderão a infidelidade como forma de felicidade e realização no amor ou sexo. Tal pressuposto é excessivamente verídico ao ponto de existirem no país casas especializadas em promulgar a infidelidade, contando com vários adeptos à prática do que atualmente se chama de infidelidade consentida ou simplesmente *swing*¹⁷.

Portanto resta óbvio concluir que o dever de fidelidade¹⁸ deve ser completamente flexibilizado frente às novas tendências da sociedade moderna, e a única alternativa que resta ao direito, como também abordado por Claus-Wilhelm Canaris¹⁹ é “se adaptar à ideia de sistema aberto, móvel, porque inconcluso, capaz de absorver as demandas da realidade pública e privada”, aceitando, desta forma, que não é papel do Estado dizer se, ser fiel, é, ou não, um dever a ser cumprido na constância da sociedade conjugal, mas deixar tal decisão, a de ser fiel, para a livre vontade do ser humano²⁰, quer seja homem ou mulher.

4. A possibilidade de coexistência simultânea de duas ou mais entidades familiar.

Na previsibilidade de que o descumprimento do dever de fidelidade já se tornou costume entre a sociedade contemporânea, faz-se por isso necessário relatar igualmente os desdobramentos que a infidelidade traz por sua própria natureza, revelando assim a possibilidade de uma coexistência simultânea de duas ou mais entidades familiar.

¹⁷ O termo *swing*, muito utilizado nos EUA, foi criado justamente para justificar a infidelidade, transformando o que antes era inaceitável numa prática corriqueira na sociedade americana, o que passam então a chamar de infidelidade consentida.

¹⁸ Melhor seria transformar a normatividade da lei positiva quanto à fidelidade em uma norma de cunho moral.

¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-104.

²⁰ A lei deve procurar balancear o sentimento humano e a juridicidade na criação das normas para que uma norma editada possa ser eficaz, e por ser eficaz, logicamente, atender ao interesse humano. É nesse sentido que Hans Kelsen revela em sua obra “O problema da Justiça” que “partindo da ideia de que **o homem**, em última análise, **não é determinado na sua conduta pela razão, mas pelo sentimento**, fez-se recentemente a tentativa de deduzir normas de justiça válidas do sentimento jurídico (*Rechtsgefühl*) do homem e, assim, manter em pé a doutrina do direito natural, ameaçada pelo positivismo relativista que conduz à ‘dúvida e ao ceticismo’.” IN KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 93. (grifou-se).

O novo Código Civil de 2002 nesse aspecto permaneceu tão obsoleto quanto o antigo e enterrado Código Civil de 1916, pois continuou punindo a figura do concubinato, também conhecido com adultério, espúrio, presumindo a má-fé do concubino ou concubina. É certo que as uniões paralelas (concubinagem) são alvos de repúdio social, mas nem por isso elas deixam de existir ou ter lugar na sociedade, e pelo grande número de acontecimentos deste fenômeno com vasta incidência na esfera jurídica, passou-se a denominar tal prática de “Poliamorismo”.

A verdade a respeito dos vínculos afetivos paralelos ao casamento é que mesmo estes sendo repudiados, isso não os faz desaparecer, mas a invisibilidade jurídica fornecida pelo direito civil frente ao vínculo afetivo paralelo apenas privilegia o “bígam”. Que são uniões paralelas isto se torna inegável, mas é igualmente inegável que estas relações geram efeitos e desdobramentos jurídicos.

Portanto, ao verificar que estas uniões paralelas se enquadram nos requisitos exigidos para a configuração da união estável, é lógico e razoável exigir do judiciário que reconheça a união estável paralela ao casamento. Independentemente, como dito por Maria Berenice Dias, de boa-fé ou má-fé²¹, deve ser considerada com entidade familiar com seus respectivos direitos a união paralela ao casamento.

O art. 1723 do Código Civil, revela, *in verbis*:

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida **com o objetivo de constituição de família.**” (grifou-se).

É nesse diapasão que a lei e a jurisprudência de nossos tribunais pátrios deve se pautar para decidir casos em que existam uniões paralelas ao casamento, pois o não reconhecimento poderá, como o faz na maioria das vezes, causar prejuízo não ao “bígam”, mas sim à companheira que, independentemente de má-fé, sofrerá danos graves, simplesmente por um capricho da lei objetiva civil que insiste em preservar um pudor

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 50.

desnecessário frente à sociedade brasileira dos tempos modernos. Como Mariana Chaves revela, “o companheirismo, seja classificado como de boa ou má-fé, deve ser considerada entidade familiar.”²²

De nada adiantará o judiciário aplicar uma lei obsoleta e preconceituosa, negando às uniões paralelas o direito de serem reconhecidas como união estável, pois a cada dia fica mais fácil, normal e factualmente mais aceitável encontrar tais uniões, que sempre existirão enquanto permanecer a vontade do homem em ser infiel e manter essa infidelidade às sombras de um relacionamento paralelo com o intuito de construir uma segunda família sem antes ter rompido o seu laço matrimonial com a primeira mulher.

Não se deve prestar atenção ao exposto no art. 1723, §1º, CC, que reza que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521, CC, com exceção da aplicação do inciso IV deste artigo (sobre a possibilidade de a pessoa casada se encontrar separada de fato ou judicialmente quando da ocorrência da união). Isso porque esse dispositivo é o que obsta o reconhecimento das uniões paralelas como união estável, a troco de um moralismo social já não em tanta evidência quanto no passado.

Resta claro que a lei não pode caracterizar como união estável qualquer aventura banal que o homem ou a mulher venham a ter fora do casamento, pois se assim o fosse, no Brasil de hoje para cada casamento existiriam pelo menos dez reconhecimentos de união estável, mas igualmente não pode a lei fechar os olhos para o relacionamento extraconjugal embutido de ânimo familiar, ou seja, com o intuito de constituição de família, o que deve ser o requisito mais importante a ser analisado antes do reconhecimento de uma união paralela como união estável, bem como a existência de filhos advindos da união paralela e a construção patrimonial em comum.

Por tudo isso o direito brasileiro, infelizmente, ainda não reconhece a possibilidade de coexistirem duas ou mais entidades familiares, não reconhecendo como união estável as uniões paralelas que se formam com ânimo familiar, mas esta posição deve mudar, por ser mais benéfica a quem realmente merece a chancela judicial, aquela pessoa que,

²² CHAVES, Marianna. Famílias paralelas. In DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte. (coords). *Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 39-54.

quer esteja de má ou boa-fé, se envolveu com alguém que possuía os impedimentos para se casar de acordo com o art. 1521 do Código Civil, favorecendo assim a nova teoria a ser cada vez mais aceita pelos tribunais brasileiros do “Poliamorismo”.

5. O concubinato consentido, a nova figura do “Poliamorismo” e seus efeitos.

O concubinato consentido pode ser nada mais que a união paralela aceita pela esposa ou companheira frente a outro relacionamento paralelo ao casamento ou à união estável, sendo essa a versão aceita pelos Tribunais no tocante a novos pontos do direito de família, a saber, o “Poliamorismo”.

A lei civil brasileira não atribui efeitos jurídicos a tais uniões paralelas consentidas, mas a jurisprudência tem fixado um novo parâmetro para a análise de tais casos, pois como assevera Carlos Eduardo Pianoviski “verificada duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades.”²³

Maria Berenice Dias também leciona que:

“São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes tem filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos participes e filhos por ventura existentes. Como não mais admite a Constituição tratamento discriminatório dos filhos, negar à mãe os direitos decorrentes da união que a mesma manteve com o seu genitor é **excluir o direito sucessório do filho** com relação a ela. Ou seja, deixar de reconhecer o direito da mãe, pela via inversa e reflexamente, é não reconhecer o direito que o filho teria à herança dela.”²⁴ (grifos da autora).

Argumentos contrários ao reconhecimento de uniões paralelas consentidas pela esposa ou companheira existem, mantidos inclusive por dispositivos legais que nada

²³ PIANOVISKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 193-222.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 51.

fazem além de privilegiar o infiel e punir a pessoa com que foi caracterizada a união paralela, consentida ou não. É o que revela o art. 550, CC, quando a lei reconhece a anulabilidade das doações feitas pelo cônjuge adúltero a seu cúmplice ou o art. 1642, V, CC, que denota a revogabilidade das transferências de bens feitas à concubina.

Quanto aos efeitos patrimoniais com o fim da relação é necessário ressaltar como resultaria a questão frente ao casamento e uma união paralela, casamento e duas ou mais uniões estáveis paralelas e duas uniões estáveis, sendo que no primeiro caso (casamento e uma união paralela), comprovada a concomitância entre casamento e união paralela, se faz necessária a divisão do patrimônio acumulado durante o casamento e a relação paralela, qual seja o período de manutenção da duplicidade de vínculos, sendo necessária a preservação da meação da esposa, tornando-a incomunicável, e no que se diz respeito à meação do varão será dividida com a companheira paralela, no que se refere aos bens adquiridos durante a manutenção da união paralela, valendo a mesma regra para o segundo caso (casamento e duas ou mais uniões estáveis paralelas), quando uma foi constituída muito antes do que a outra.

Já o terceiro caso (duas uniões estáveis), e não conseguindo definir a prevalência de uma em relação à outra, caberá dessa forma, a divisão do acervo patrimonial amealhado durante o período de convívio em três partes iguais, restando assim um terço para o varão infiel, e um terço para cada uma delas, o que Rui Portanova denomina como triação²⁵.

Quanto aos efeitos sucessórios, dependendo do regime de bens, é necessário afastar a meação da viúva, e uma vez apurado o acervo hereditário, excluída a legítima dos herdeiros (todos, sejam eles advindos do matrimônio ou da união estável ou união paralela), a parte disponível será dividida com a herdeira, no que se refere aos bens adquiridos na constância do convívio entre concubino e concubina. Se, entretanto, ocorrer o falecimento da companheira anteriormente ao falecimento do varão, e os filhos advindos desta relação paralela ainda não forem reconhecidos, deverão estes ajuizar uma ação de reconhecimento de união estável, para que o quinhão que era da genitora seja dividido e a parte que cabe aos herdeiros descendentes da genitora seja a eles repassada²⁶.

²⁵ TJRS, AC 70027512763, 8ª Câm. Cív., j. 14.05.2009. rel. Des. Rui Portanova. In Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²⁶ **Embargos Infringentes. União estável. Paralela ao casamento. Caso concreto. Possibilidade.**

As provas carreadas aos autos dão conta de que o de cujus, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a autora por mais de vinte anos. Assim, demonstrada a constituição, publicidade e

Da mesma maneira, caso o falecimento da companheira paralela preceda o falecimento do varão infiel e o inventário deste já tenha sido aberto e esteja correndo normalmente perante os demais herdeiros advindos do casamento com a cônjuge supérstite e perante esta para que tal receba a sua meação, a depender do regime de bens aplicado ao casamento anterior à união estável paralela, o ideal seria que os herdeiros até então desconhecidos pela primeira família do varão já morto, ajuizassem uma ação de reconhecimento de união estável cumulada com reconhecimento de paternidade²⁷ para comprovarem o relacionamento entre o varão e a companheira, resolvendo a meação entre ambos, e a dúvida quanto à paternidade, devendo tais ações serem distribuídas e apensadas aos autos do inventário. Pensar-se-ia em uma possível petição de herança incidentalmente no inventário, entretanto, para a validade desta seria necessário o prévio reconhecimento da paternidade. De qualquer forma, a tendência é suspender o processo de inventário até serem todas as questões pendentes sanadas.

Conclusão.

Após averiguar os deveres do casamento na sociedade brasileira atual, verificar-se-á que tais, apesar de ainda serem subjetivamente válidos para nortear um casamento estabilizado pelos padrões ético-sociais, não mais são levados em extrema consideração na modernidade pela qual o casamento bem como a união em geral das pessoas vem passando.

Cabe, claramente,ressaltar que no que se refere ao direito a alimentos e à perda do nome advindo do casamento, analisar a culpa, mesmo após a E.C. nº. 66 de 2010, ainda é relevante, mesmo porque os artigos 1578 e 1694, §2º, ambos do Código Civil, ainda não foram revogados e portanto gozam de plena aplicabilidade nas lides brasileiras de divórcio.

É igualmente importante dizer que justamente pelo fato de que tais deveres ainda são levados em consideração pelo judiciário na análise da culpa na questão do nome e

concomitância de ambas as relações familiares, não há como deixar de reconhecer a união estável paralela ao casamento, que produz efeitos no mundo jurídico, sob pena de enriquecimento ilícito de uma das partes. Embargos infringentes acolhidos (TJRS, EI 70017709262, 4º G. C. Cív., j. 09.03.2007. rel. Des. Cláudir Fidélis Faccenda).

²⁷ O reconhecimento de paternidade após a morte pode ser feito pela análise genética dos descendentes diretos do de cujus ou então pela exumação de cadáver, o que não deixa de ser um grande sofrimento e desconforto para ambas as famílias.

alimentos não se pode esquecer que as punições ao cônjuge declarado culpado ainda podem ser aplicadas, com as devidas ressalvas no que se refere à punição quanto ao nome (art. 1578, I, II e III, Código Civil Brasileiro).

Muito se discute sobre a possibilidade da abrangência do dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges, mas o que deve permanecer claro é que, mesmo existindo em pleno século XXI a exigência de fidelidade recíproca no Código Civil atual, tal ordenação não deveria continuar existindo, pois não cabe ao Estado regular e impor um dever muito mais ético e carregado de subjetividade às pessoas, ou ainda transforma algo subjetivo alheio à mente humana em algo objetivo, como um dever a ser seguido. É nesse sentido que a sociedade bem como a lógica do direito deve seguir, pois na verdade, estabelecer a ideia de fidelidade cabe a cada casal já existente ou que ainda se formará e exclusivamente entre as duas pessoas que formam um casal, seja essa união hetero ou homossexual, o que denota obviamente a possibilidade de flexibilização do dever de fidelidade ligada diretamente entre os cônjuges e indiretamente entre os companheiros, tendo em vista que o art. 1724 do Código Civil atual não fala em fidelidade, mas sim em lealdade, o que apesar de soarem aparentemente como sinônimos, não são.

Outro aspecto relevante, talvez até mesmo o ponto crucial a ser defendido nesta temática, fala sobre a possibilidade da coexistência simultânea de duas ou mais entidades familiares, pois como já verificado, o direito brasileiro não enxerga o concubinato ou a união paralela como uma nova entidade familiar adjacente ao casamento ou à união estável e, portanto, válida para os seus fins legais. Exemplos desta postura são facilmente encontrados no ordenamento jurídico como os artigos 1727, 550 e 1642, inciso V, todos do Código Civil. Ainda que o Estado relute em validar a união paralela como entidade familiar válida, a posição jurisprudencial vem revelando entendimento diverso do constante no obsoleto Código Civil, isto porque se verificou com toda a plenitude da lógica jurídica, com atenção ainda ao princípio da razoabilidade, que punir a união paralela é não só injusto, mas também errôneo, pois quem o direito procura punir é a então classificada pelo direito brasileiro como concubina, sendo que quem realmente merece a punição é o varão que na maioria esmagadora das vezes traiu a esposa e a outra mulher advinda da união paralela. Portanto, punir a concubina, independentemente de boa ou má-fé desta, é um retrocesso para o direito que deve punir o varão que traiu duplamente, sob pena de beneficiar o verdadeiro

culpado, pois atualmente a lei brasileira nada mais faz que deixar com que o varão saia ilesos da união paralela, deixando a mulher desta relação abandonada e sem direitos.

Não obstante a tudo isso, a modernidade trouxe para a sociedade não só brasileira, mas também internacional, a possibilidade do concubinato consentido, ou como conhecido em outros países de “casamento aberto” ou “não-monogamia responsável” – *open marriage or responsible non-monogamy* – o que consiste na existência de um casamento pelo qual os cônjuges concordam que cada um pode ter experiências sexuais extramaritais sem que isso venha a ser considerado infidelidade. Tudo isso criou não só uma nova nomenclatura, mas também uma nova teoria, qual seja a teoria do Poliamorismo – *Polyamory*, que prega que tal é a prática, desejo ou aceitação de ter mais de uma relação íntima por vez com o conhecimento e consentimento de todos envolvidos na relação, o que, claramente, denota-se como sinônimo correlato de concubinato consentido, muito embora existam teorias que afirmam que o casamento aberto e o poliamorismo se diferenciam no tocante ao conhecimento de todas as partes envolvidas.

Óbvio é que a lei brasileira deve diferenciar a mera aventura extraconjugal de uma relação com derivações e implicações legais em uma união paralela, pois nem sempre a simples traição ou um simples caso vai significar a criação de uma nova união paralela.

Assim sendo, considerando todos os aspectos da atualidade e a nova concepção de fidelidade, levando em conta ainda a desejada mínima ingerência do Estado no âmbito familiar e a busca por um direito das famílias mais justo e lógico, conclui-se assim que o direito brasileiro não deve ditar regras meramente morais como o dever de fidelidade, ditando-as aos cônjuges, que são quem realmente devem delinear os contornos do que é ou não aceitável dentro da própria relação, flexibilizando, desta forma, se desejarem, o dever de fidelidade recíproca no casamento. Ademais, devem ser igualmente aceitas as uniões paralelas reconhecendo tais como entidades familiares, as quais são na realidade legítimas detentoras dos respectivos direitos advindos do deslinde desta relação, reconhecendo por excelência como uma realidade vertente a possibilidade de existência do instituto do Poliamorismo no Brasil, muito embora prevaleça aqui a ideia de que a análise subjetiva da má ou boa-fé da suposta concubina não é relevante para se conferir direitos à união paralela contraída com esta.

Referências:

- BARROSO, Lucas Abreu. Desmistificando as relações de família no novo direito civil. In BARROSO, Lucas Abreu. *A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 276.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 21.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-104.
- CHAVES, Marianna. Famílias paralelas. In DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte. (coords). *Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 39-54.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 259.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 93.
- MADALENO, Rolf. O débito e o crédito conjugal. In GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 196.
- _____. A execução de alimentos e o cumprimento de sentença. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf. (coords). *Direito de família: processo, teoria e prática*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 243.
- PIANOVISKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 193-222.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

Leis:

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 226, §§5º e 6º.

Brasil. Lei nº. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Art. 550. Art. 1521. Art. 1566, I-V. Art. 1578. Art. 1642. Art. 1694, §2º. Art. 1723, §1º.

Jurisprudência:

TJRS, AC 70027512763, 8ª Câm. Cív., j. 14.05.2009. rel. Des. Rui Portanova.

TJRS, EI 70017709262, 4º G. C. Cív., j. 09.03.2007. rel. Des. Cláudir Fidélis Faccenda.