

**“DO QUE VIVEMOS TUDO É CONCRETO”: UMA ANÁLISE SÓCIO-
JURÍDICO RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO ADULTERINO COMO
ENTIDADE FAMILIAR**

**"EVERYTHING WE'VE EXPERIENCED IS CONCRETE": A SOCIO-JURIDICAL
APPROACH TO THE RECOGNITION OF ADULTEROUS CONCUBINAGE AS FAMILY
UNITS**

Juliana Silva Dunder¹

Roberta Candeia Gonçalves²

RESUMO

A rejeição ao reconhecimento das famílias que possuem como características a simultaneidade de relações vem sendo utilizado como a melhor hermenêutica no âmbito do direito privado brasileiro. Preceitos morais e religiosos também contribuem fortemente para que a certificação desse tipo de união seja inviabilizada ou tida como inexistente frente a velhos ditames sociais que insistem em reconhecer apenas o casamento como entidade familiar. A constatação de uniões concomitantes, hoje, acontece, principalmente, por meio da aplicação de princípios explícitos e implícitos presentes no ordenamento jurídico, os quais, especialmente através de decisões judiciais, asseguram a funcionalidade do cumprimento do Direito como garantidor de tutelas, ao viabilizar, em plano legal, o que já existia na vida real: múltiplos arranjos familiares. Dessa forma, considerações críticas ao casamento e principalmente à quebra do tabu de que a monogamia é característica obrigatória para o reconhecimento de uma união civil são abordadas no decorrer do trabalho. Isto posto, o presente artigo versa sobre as novas famílias contemporâneas, com enfoque para o concubinato adúltero. Sendo controverso a sua existência jurídica e social como um modelo familiar válido, parte-se de uma abordagem principiológica para o seu reconhecimento na qualidade de entidade familiar.

PALAVRAS-CHAVES: Direito de família; Princípios; Concubinato adúltero

ABSTRACT

The rejection in recognizing simultaneous multiple relations as families has been used as the best hermeneutics within the Brazilian private law. Moral and religious norms are also great contributors to the idea of this type of union as infeasible norm existent, according to old social rules that insist on recognizing marriage as the one and only family unit. The

¹ Bacharela em Direito. Pós-Graduada em Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça (GPPGeR) do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Ação sobre Mulher e Relações de Sexo e Gênero da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: julianadunder@hotmail.com.

² Advogada. Mestra em Filosofia pela Universidad Complutense de Madrid (UCM). Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora assistente do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). E-mail: roberta.goncalves@ufersa.edu.br.

acknowledge of simultaneous liaisons happens today mainly through the application of implicit and explicit principles present in the legal system, which, especially through legal decisions, ensure the functionality of Law as the guardian of rights, by allowing in the legal world something that already existed in real life: different family structures. Thus, some critical thinking about marriage and, especially, about breaking theta boot hat monogamy is mandatory for recognizing a civil union are addressed in this work. That said, this article is about new contemporary families, focusing on the adulterous concubinage. Being controversial its legal and social existence as a valid family model, we start from a principiologic an approach to its recognition as a family entity.

KEYWORDS: Family Law; Principles; Adulterous concubinage.

1 INTRODUÇÃO

A família está sempre em transformação. Nessa metamorfose, recebeu o reconhecimento de que dela surge a base da sociedade e por isso merece total proteção. Com isso, veio a possibilidade de uma maior abrangência, para que a sua instituição acontecesse de forma plural, alargando o seu conceito e, mais além, elevando o afeto como elemento mais importante para a formação de uma entidade familiar, sem que esta seja necessariamente proveniente do casamento.

Com efeito, essa é uma grande problemática que cerca a família: intitular, erroneamente, o casamento como único meio de formação de uma entidade familiar. Para o Direito, o casamento é apenas um dos meios, consideravelmente o mais reconhecido e utilizado, mas não o único e nem goza de superioridade hierárquica perante outros.

Então, para a construção desse trabalho, elegeu-se o instituto do concubinato, principalmente em sua forma adulterina, como mote para problematizar a construção de uma prática que há muito está presente nas sociedades, expressando-a como uma organização familiar fora dos modelos estabelecidos pela sociedade e excepcionalmente em lei.

Através de levantamentos bibliográficos e outros procedimentos, a pesquisa utilizou-se do método hipotético-dedutivo, na tentativa de buscar um maior contingente de argumentos que expliquem o fenômeno do concubinato adulterino e de sua aceitação ou rejeição no meio jurídico-social.

Destaque-se que o objetivo deste trabalho não é apontar julgamento sobre a conduta dos indivíduos que optaram por esse tipo de formação familiar, que tem a simultaneidade como característica definidora, visto que não cabe aos operadores do Direito a incumbência desta tarefa. Pretende-se, portanto, mostrar que essas relações existem, produzem efeitos na

sociedade e, como todo fato socialmente relevante, não podem ser tidas como invisíveis frente ao ordenamento jurídico.

Os princípios são fundamentais para a aplicação do Direito. Estas premissas jurídicas, de núcleo semântico altamente rico, atuam como instrumental para as decisões judiciais mais desafiadoras. Através de uma hermenêutica reflexiva do próprio fazer jurídico como efetivo cumprimento de sua vocação de tutela, princípios atuam na casuística judicial de forma a levar a norma jurídica, por vezes lacunosa e desatualizada, o mais próximo possível dos anseios postulados individualmente e de um ideário geral de justiça social

Como todo ramo do Direito, o direito das relações familiares também possui princípios que norteiam as interpretações jurídicas e estabelecem critérios para o tratamento de suas categorias legais, dando embasamento para seu entendimento e, principalmente, sua interpretação.

Voltando à baila das entidades familiares, estas são entendidas como uniões costumeiras e pragmáticas do estado de conjugalidade, com foco no princípio da dignidade da pessoa humana e, mais notadamente, no princípio da afetividade, de forma a elevar os laços afetivos à instância máxima de importância em uma relação de família, fundada em novos valores que ultrapassam a forma legal.

O presente artigo visa a compreender a aplicação de princípios como fontes normativas a serviço da tutela dos novos arranjos familiares, ademais de abordar os olhares sociais que se debruçam sobre concubinato adulterino, buscando conexão entre a realidade e a lei para, ao fim, pugnar pelo seu reconhecimento como entidade familiar.

2 A FAMÍLIA BRASILEIRA NA CONTEMPORANEIDADE EM ESPECIAL, O CONCUBINATO ADULTERINO

A origem da família transpassa a História. Enfatizar o estudo aprofundado das relações familiares, em seus primórdios, seria como se perder em um labirinto de informações que fazem parte de um passado, com poucos resquícios no presente.

A ideia da família como um ramo do direito surgiu com o intervencionismo do Estado, especialmente com o seu fortalecimento, aperfeiçoamento e a forte influência do Direito Canônico nas relações familiares. Apenas o casamento civil e religioso, alicerçados por leis que os protegiam ao passo que a união livre era rejeitada pelos legisladores que não as reconheciam como entidades familiares. (GONÇALVES, 2012).

E assim, fez-se necessário que o Estado como ente politicamente organizado,

estruturasse as entidades familiares, adequando-as à realidade social advindas das novas concepções de família geradas pela evolução social, tendo como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da Ordem Jurídica o desígnio de tutelar o desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a entidade familiar (LÔBO, 2011).

Desligados dos laços afetivos e com liberdades restritas, Maria Berenice Dias (2011, p. 27) leciona que: “o intervencionismo estatal levou [a família] à instituição do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar”. Por muito tempo, e ainda hoje, a família é assimilada ao casamento, estigma que concretiza o matrimônio como regra, condicionando as pessoas a essa prática como única forma de instituição familiar.

Ao longo do século XX, o Estado vislumbrou a necessidade da constitucionalização e tutela sobre o Direito de Família, para que assim, de fato, houvesse uma proteção dos seus interesses, bem como, atualização em decorrência da rápida transformação social. Paulo Lôbo (2011, p.17), justifica a tutela do Estado sobre o Direito de Família:

Fundada em bases aparentemente tão frágeis, a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. A proteção do Estado à família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas humanas o direito de fundar uma família, estabelecendo o art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Porém, antes dessa evolução social e legal, o modelo do patriarcado era o sistema familiar hierarquizado pelo homem que figurava o lugar de pai e marido. Chamado de patriarca, nesse modelo familiar o homem ocupava a função de chefe do clã e constituía uma relação com seus entes alicerçada na autoridade e obediência, até mesmo para com a mulher, que possuía apenas a função secundária, e, mesmo esta, regulada pelas ordens do patriarca, ou seja, sem plenos poderes de liberdade, como viria a preconizar o princípio da igualdade entre os cônjuges.

As mulheres desta época sofreram com as restrições impostas em decorrência do seu gênero. Não era fácil ser mulher em uma época que a sua existência era importante apenas para a reprodução, sendo um objeto de satisfação e procriação para o homem que brutalmente mandava e desmandava de acordo com a sua vontade.

E então, a partir do despertar sobre essa desigualdade social entre os gêneros, é que

diversas mudanças legais e sociais impulsionaram a queda da predominância da família patriarcal, bem como matrimonializada.

O aparecimento da mulher como componente ativo na relação familiar, bem como em outros aspectos sociais, levaram ao desaparecimento do pátrio poder¹, o qual perdia, assim, sua efetividade jurídica, originando outros modelos familiares que foram introduzidos, principalmente, com a Constituição de 1988, que proporcionou o reconhecimento de novas entidades familiares, como prevê o seu artigo 226, §§ 3º e 4º, a tutela jurídica para a família em união estável e formada por qualquer um dos pais com seus descendentes, conhecida como família monoparental, entre outras.

A Carta Magna de 1988 é tida como um divisor histórico para vários institutos relacionados à família. Deixa de existir, então, a concepção de que a família era apenas a constituída por meio do casamento civil, passando a ser a união afetiva, constituídas por um lar, regidas pelo amor e respeito mútuo.

Maria das Graças Moura de Sousa Soromenho Pires (1998, p. 10) menciona que: “o que importa, na realidade, são as circunstâncias fáticas que alimentam a vida a dois, não puramente a fórmula do assento do matrimônio”, ou seja, independentemente do que estabelece a lei, os critérios como o amor, afeto, compreensão, companheirismo, entre muitos outros, tornam-se superiores às relações amparadas por lei.

E é o que de fato acontece nas relações concubinárias, as circunstâncias fáticas é o que faz com que tais práticas existam, pois à luz da lei são invisíveis. Nesse sentido, é o que comenta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2013, p. 199):

Ainda assim, embora o avanço constitucionalmente registrado, muitos outros arranjos não foram recepcionados no bojo constitucional, o que leva a crer, a priori, que não pudessem existir – ou que apenas existissem à margem da lei e da proteção legal – outros tipos, outras uniões que também pudessem ser consideradas entidades familiares, e assim, contar com a visibilidade e com a devida tutela legal.

Vale mencionar que o concubinato é uma prática que sempre esteve presente nas relações humanas. Só então com a introdução de novos valores e a mudança nas formações familiares, o concubinato passou a ser visto como uma conduta atípica, sendo classificada como negativa e contrária aos costumes adotados como certos para as sociedades. Helder

¹ O desaparecimento do pátrio poder ocorreu mais notadamente em seu aspecto formal, visto que na seara jurídica, em sua materialidade, este poder ainda se manifestar em várias aspectos. Nesse sentido, vale mencionar que ainda é muito comum a divisão do trabalho baseado no gênero, sendo ainda um grande problema a elevação do sexo masculino como superior ao feminino.

Martinez Dal Col (2002, p. 41), leciona sobre a existência do concubinato:

O concubinato sempre existiu, acompanhando a própria evolução do homem, posto que a ele inerente. Em dados momentos, o concubinato foi forma exclusiva de união dos sexos na formação familiar. Com o surgimento do casamento e das cerimônias matrimoniais, o concubinato assumiu a conotação de atividade ilícita extraconjugal, posto que a multiplicidade de parceiros é conduta humana típica da maioria dos mamíferos, dentre os quais insere-se a figura humana, ainda não completamente adaptada à monogamia.

E sob essa perspectiva da existência sempre presente nas sociedades, tem-se a mulher como principal figurante dessa prática. Muito pouco se fala no “concubino”, visto que esse espaço se instalou como sendo uma prática ocupada pela concubina, outra, amante, desonrada, sem escrúpulos, enfim, uma infinidade de atribuições que a classificam de forma negativa como culpada desta prática.

Após receber disciplina na Constituição Federal de 1988, o concubinato puro passou a ser reconhecido como união estável, apartando-se do termo concubinato, que restou apenas na representação da parte adúltera.

O reconhecimento da união estável existe em decorrência do aumento significativo das uniões informais, ensejando a existência de tratamento jurídico como entidade familiar. Roberto Senise Lisboa (2012, p. 164) sobre isso, evidencia que:

A maior permissividade e informalizações das relações íntimas entre o homem e a mulher contribuíram decisivamente para que, a partir da segunda metade do século XX, os preconceitos contra as uniões informais fossem paulatinamente sendo arrefecidos.

Então, após o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, §3º), legitimando-se assim, que esta prática seria aceitável perante a lei, comprovados os requisitos estabelecidos para sua comprovação na Constituição Federal de 1988, veio o Código Civil de 2002 e a contemplou com a conceituação e aspectos relevantes para a constituição dessa modalidade familiar.

Porém, antes mesmo da abordagem do assunto em lei, a jurisprudência se consolidava cada vez mais, ensejando assim ao legislador conferir proteção jurídica aos praticantes dessa entidade familiar².

A falta de legislação que o concubinato adúltero experimenta nas legislações infraconstitucionais, mais notadamente o Código Civil, deixa a cargo da jurisprudência a

² Vide, a este respeito: RE 2947/RJ, RO 30221/DF.

apreciação dos entraves vistos de forma preconceituosa.

Percebe-se então a importância nas decisões do judiciário no suprimento das lacunas que da lei e principalmente, no sentido de fazer justiça. Nesse contexto, Rodrigo da Cunha Pereira, (2001, p. 64) aduz:

Na esteira da evolução jurisprudencial, o ordenamento jurídico brasileiro, no sentido e com a intenção de se fazer justiça, tem concedido também direitos às relações paralelas às famílias simultâneas. Talvez no caso concreto a que cada jurisprudência se refere isto seja possível. É que, com a evolução do pensamento científico, a compreensão da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos, a ordem passa a ser consideração do sujeito na relação e não mais o objeto da relação.

Mas como dito, a jurisprudência ou a pessoa que decide nem sempre se deixa levar pelo espírito da justiça. Há um notável preconceito que parte de uma perspectiva pessoal do julgador, podendo ser tendencioso ao elevar seus critérios, sejam eles morais, sociais ou até mesmo religiosos, para de forma parcial, decidir ou não sobre a existência das relações concubinárias.

Tamar Pitch³ (1998, 140-141) comenta essa realidade que o direito, principalmente de família, experimenta no sentido de como a influência dos aspectos pessoais exerce para com a sua aplicabilidade:

El derecho de familia no se agota en las normas escritas. Más que otros, este ámbito jurídico es el resultado de las interpretaciones de quienes lo aplican, y dichas interpretaciones están caracterizadas, más que en otros ámbitos y más o menos implícitamente, por las creencias, los modelos culturales, los valores de quien debe interpretar, tanto porque muchas de las normas en realidad son <<normas em blanco>> (por ejemplo, el interés del menor) o genéricas, como porque se refieren a un campo de relaciones y problemas en el que todo el mundo está involucrado de alguna forma.

Sendo assim, é de fundamental importância a atuação do judiciário no reconhecimento dessas práticas que são presentes na sociedade e possuem importância para o Direito. Percebe-se que ainda timidamente, a jurisprudência vem reconhecendo a existência

³ Direito de família não se esgota em regras escritas. Mais do que outros, o campo jurídico é o resultado das interpretações daqueles que aplicam, e essas interpretações são caracterizados, mais que em outras áreas e mais ou menos implícitamente, crenças, modelos culturais, os valores de quem deve interpretar tanto porque muitas das regras na realidade são <<normas em branco>> (por exemplo, o interesse da criança) ou genéricos, porque se referem a um campo de relações e os problemas que todos estão envolvidos, de alguma forma. (Tradução livre)

de relações paralelas, as quais possuem simultaneidade como característica, recaindo também sobre a doutrina a caracterização dos novos modelos familiares, mesmo que de forma diferente das entidades familiares reguladas por lei, haja vista ser perceptível a resistência em aceitar a existência das famílias paralelas, negando sua importância para o Direito, pois se há repercussão no mundo jurídico, há efeitos que devem ser vistos, conseqüentemente apreciados com o intuito de não ferir a dignidade de ninguém.

Maria Berenice Dias (2010, p. 50) demonstra: “a doutrina ainda distingue ligações afetivas livres, eventuais, transitórias e adulterinas com o fim de afastar a identificação da união como estável e, assim, negar-lhe qualquer consequência”.

É nítida a invisibilidade que acontece quando a união se molda ao concubinato adulterino, por contrariar as regras impostas e adversas que diferem do que prever a lei. Nesse sentido, o Direito ao se eximir, corre o risco de não cumprir com a sua maior finalidade: justiça. Aí aparecem os princípios

3 O ATUAL MODELO PRINCIPOLÓGICO BRASILEIRO E SUA FUNÇÃO INTEGRADORA

Princípios são mecanismos consideravelmente importantes para a interpretação da norma, permitindo que o direito sempre possa estar conectado às mudanças sociais, de modo a ser assegurada a aplicabilidade, razão ou fundamento.

Com isso, os princípios podem aparecer explícita ou implicitamente na Constituição Federal, ou em decorrência de outras leis. Mário Monteiro Muniz Filho (2010, p. 35-36) trata da importância que os princípios implícitos ou explícitos possuem sob os aspectos evolutivos do comportamento social:

Nesse sentido, o Direito de Família sofreu e continua a sofrer a expressiva mutação, sobretudo com a transformação de padrões de comportamento social, como a igualdade de gêneros, a família monoparental, a união homoafetiva, a isonomia do tratamento jurídico entre filhos havidos dentro ou fora do casamento, o reconhecimento da união estável, enfim, o rompimento do progressivo de antigos tabus e costumes sociais, devendo ser, do ponto de vista principiológico, repensado dentro das novas diretrizes traçadas, implícita ou explicitamente, pela Carta Magna, que o redesenhou.

Percebe-se, então, o destaque dado aos princípios na tarefa de trazer o Direito ao mesmo patamar da evolução dos costumes sociais, ao passo em que são basilares para o processo de transformação e adequação do ordenamento jurídico a novos padrões

comportamentais. Partindo de um ponto de vista principiológico, observam-se, interpretam-se e aplicam-se os novos valores sociais como inspiração para o manejo dos textos jurídicos e suas atualizações normativas.

Os princípios conferem sentido à norma concreta, além disso, possuem efeitos jurídicos que se aplicam, mais notadamente, ao Direito de Família, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando passou, de uma natureza meramente simbólica, a contar com força normativa.

Paulo Lôbo (2011, p. 58) ilustra a importância dos princípios:

O princípio, por seu turno, indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segundo formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto.

Portanto, é de se afirmar a importância dos princípios para o estudo do Direito de Família, sendo indispensável a associação de suas normas com a superioridade principiológica conferida pela Constituição Federal, haja vista que a mera norma positiva se tornou insuficiente, justificando-se aos novos interesses da sociedade contemporânea, pluralista e multicultural, a necessidade da aplicação dos princípios em acordo com às relações inter-privadas.

3.1 Dignidade humana e seu caráter multifacetário

Destaque-se, neste universo, o princípio da dignidade da pessoa humana⁴, pelo relevante papel que exerce em assegurar a proteção da vida e da integridade bio-psíquica do indivíduo.

No âmbito da Teoria do Direito, a ideia de um atributo de todo ser humano, o qual, ao mesmo tempo, é conteúdo primordial e fim último de nossa existência como seres racionais diferente das outras coisas têm origem, especialmente, na filosofia moral kantiana. Ilustrando este pensamento, Immanuel Kant (2007, p. 77-78) diz:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como

⁴ Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a expressão “dignidade da pessoa humana” mesmo que com influências de outros filósofos, seu fundamento apareceu através de Kant, quando foi demonstrado que a dignidade decorre da natureza humana e não de variáveis externas. (PEREIRA, 2005)

equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.

[...]

Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade.

Constata-se, daí, o alto teor nomológico que esse princípio incorpora ao ordenamento jurídico, uma vez que dá ao existir humano um valor intrínseco mais além daquilo que pode ser vendável, e coloca-o, na hierarquia das categorias jurídicas fundamentais, em patamar maior na ordem da natureza e das coisas.

A inserção principiológica da dignidade humana no mundo jurídico como um elemento indissociável dos preceitos basilares dos Direitos Humanos coincide com a busca, na essência e no espírito, de uma sociedade em que a justiça esteja mais presente e em um lugar que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. (PEREIRA, 2005).

Nos dizeres de Paulo Lôbo (2011, p. 60) “o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.

Capsulado no artigo 1.º, inciso III na Constituição Federal vigente, esse princípio tem como objeto indisponível e inestimável a proteção da dignidade da pessoa humana. O referido artigo possui a seguinte redação:

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III — a dignidade da pessoa humana.

Observa-se, então, a grande relevância deste princípio, que é hierarquicamente superior e dele deriva as diretrizes para os demais ramos do Direito, visto que ultrapassa esfera em que se divide o Direito Público e Privado.

Este princípio está incluso expressamente como fundamental, reconhecendo, assim, que o Estado existe em razão da vivência do ser humano. Mas, não necessariamente, o legislador, ao elencar a dignidade humana como princípio fundamental, assume posição para além de sua dimensão principiológica, apesar de comungar das características das normas-princípios gerais (SARLET, 2007).

Resguardados por esse princípio, tido como multidimensional, Ingo Wolfgang Sarlet

(2007, p. 62), na tentativa de formular o conceito da dignidade da pessoa humana, aduz:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

É um princípio vocacionado à inclusão; tem-se como norteador dos demais, haja vista estar intrinsecamente ligado ao bem mais precioso que o ser humano tem: a vida. Entretanto, note-se, a dignidade é condição para todos os aspectos da vida humana, da mesma maneira que é fundamento para todos os demais princípios, o que significa dizer que o direito fundamental à vida só está completamente satisfeito se esta vida é digna, dotada de todas as condições básicas, acessórias ao ato de existir de toda pessoa.

Maria Berenice Dias (2010, p. 63) demonstra a importância da tutela do Estado em garantir a proteção de atentados contra a dignidade humana e analogicamente atribui às entidades familiares o mesmo sentido:

O princípio da dignidade humana, significa, em última análise igual identidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desses princípios, que em contornos cada vez mais amplos.

E assim, nas palavras da autora acima citada, vislumbra-se a importância deste princípio, em relação às pessoas praticantes de relações paralelas, que merecem tratamento digno, mesmo fugindo aos olhos da lei, levando-se em conta outros aspectos mais importantes, do que as formalidades legais, a exemplo da afetividade.

Nesta esteira de pensamento, o princípio da dignidade está grandemente atrelado a outros princípios que, juntos, esboçam valores que servem de engrenagem para o funcionamento do ordenamento jurídico e, principalmente, para o labor de seus operadores.

O princípio da igualdade confere que “direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (§ 5º do art. 226), significando o fim da sujeição de um dos participantes, promovendo a igualdade na relação familiar.

É importante salientar que o princípio da igualdade exerce em nosso ordenamento

jurídico um papel fundamental para avanço do Direito e, principalmente, no que se refere à família. A igualdade entre o homem e a mulher precede historicamente uma série de embates e privações, em especial para mulher, que ainda hoje sofre com o preconceito estabelecido socialmente. No concubinato, mais notadamente, a mulher costuma figurar o lado negativo da relação; estigmatizada como a culpada pelo abalo à instituição do casamento, a concubina é socialmente tipificada como desonesta, devassa e, principalmente, como “a outra”.

É injustificável medir a capacidade de alguém com fundamento em premissas de seu gênero, contudo, o desrespeito à igualdade de gênero ainda é algo que se arrasta culturalmente em nossa sociedade, mesmo depois de sua ascensão ao patamar de direito fundamental estabelecido no artigo 5º da Constituição Federal vigente que elenca os direitos e garantias individuais.

O ideal da igualdade, ainda que substancial, irá depender das circunstâncias fáticas, do tratamento igual ou desigual em concordância com a situação, sendo imperativo um tratamento diferenciado para que seja respeitada a igualdade nos limites da desigualdade. (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

O inexecutável deste princípio é que não há como abordar uma conceituação, limitando assim o seu significado, transcendendo o desafio ao qual norteia o princípio: redução de desigualdades e discriminações, em quaisquer âmbitos de sua aplicação. Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p. 90): “E aí está a beleza do princípio: contendo uma indeterminação conceitual característica, permitir a sua aplicação em diversos setores da convivência humana”.

Alcançar esse princípio e aplicá-lo na realidade das relações afetivas é mais do que necessário, é fundamental. No concubinato, ou em qualquer outra relação familiar, alcançar essa isonomia entre os partícipes da relação significaria retirar da equação certas pré-noções sobre papéis desempenhados; eximir, especialmente a mulher, de uma culpa prévia advinda de julgamentos morais genéricos.

3.2 Da liberdade plural

É crucial ressaltar a importância do princípio da liberdade como fator juridicamente relevante ao constituir uma família. Diretamente ligado ao princípio da igualdade e principalmente da dignidade da pessoa humana, este é um princípio que vislumbra o alcance da liberdade na família, sem qualquer interferência externa a relação.

A respeito da ligação existente entre a igualdade e liberdade, Clarissa Cecília Ferreira

Alves (2012, p. 56) aduz:

Desta forma, falar de igualdade é, ao mesmo tempo, falar de liberdade, e vice-versa, entendendo que o debate sobre a igualdade vai muito além da mera “igualdade perante a lei”, e que uma noção democrática de liberdade vai muito além da ideia liberal de “autonomia do indivíduo”.

A Constituição Federal vigente consagrou o princípio da liberdade, também reconhecido como o princípio da não intervenção como sendo o gerador que proporciona autonomia às famílias escolherem sua formação, bem como seu planejamento familiar e dissolução.

Expresso em nossa Constituição, o princípio da liberdade concedeu autonomia para que as famílias pudessem de forma livre, frutificar sua maneira existencial, ressaltando a não contrariedade do que consta em lei. Paulo Lôbo (2011, p. 72) explica sobre a realização da liberdade na Constituição:

Na Constituição brasileira e nas leis atuais o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar, que “é livre decisão do casal” (art. 226, § 7º, da Constituição), sem interferências públicas ou privadas; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.

Com isso, ratifica-se a basilar acuidade desse princípio como fonte basilar na construção da família moderna e, sobretudo para o concubinato adúltero. Essa é uma das maiores inovações no âmbito familiar: o poder de criar e adequar às entidades familiares quanto à sua organização, sem que haja intervenções, obviamente levando em consideração tantos outros princípios que também regem as relações familiares.

Nesse contexto, seria impossível pensar em pluralidade familiar sem associá-la diretamente aos princípios já expostos. Por isso, cabe uma breve explanação da participação desse princípio nas relações familiares, principalmente no que concerne ao concubinato adúltero.

Conforme preconiza a Carta Magna, as famílias não casamentárias foram reconhecidas quando a afetividade, amor e carinho transcenderam a consanguinidade, transformando o que antes era agarrado pelos laços sanguíneos em algo que pudesse surgir bem mais livremente.

A formação de uma família ultrapassa os ditames da lei. Ora, como negar a constituição de uma família por falta de tratamento legal? Por isso é que se compreende como rol exemplificativo as entidades disciplinadas no artigo 226 da Constituição Federal, haja vista que, para formação de uma família, consideram-se elementos diversos aos que o legislador abarcou na norma.

Para as relações paralelas, esse princípio, que permite a existência de famílias plurais, tem especial valor; a partir dessa pluralidade permitida é que se pode constatar, mesmo que não abarcada legalmente, o concubinato como potencial entidade familiar, já que os elementos que compõe uma família estão presentes também nas relações concubinárias.

3.3 Afetividade e seus aspectos principiológicos

O princípio da afetividade, muito embora não possua regulamentação explícita em nossa Carta Maior, está fundado em valores essenciais para união da família. Os laços afetivos, a comunhão de vidas, o querer estar junto para além das convenções, elementos presentes com grande peso nas relações concubinárias, já que sua formação se dá de maneira livre, encapsulam um dos sentidos do princípio da afetividade.

Esse é um princípio que se baseia no afeto e fraternidade mútuos, principalmente no tocante ao Direito de Família, como forma de proteção para os entes familiares que estão laceados por diferentes razões, deixando de pensar como um ser individual para abarcar os demais solidariamente, como se fossem um só.

Intimamente atrelado ao princípio da afetividade, tem-se o princípio da solidariedade. Maria Berenice Dias (2011, p. 66) conceitua-o:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio que tem origem nos vínculos afetivos dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

Atesta-se o grande valor deste princípio no ordenamento jurídico, principalmente nas relações sociais e afetivas, sendo difícil pensar em uma relação concubinária que não tenha como uma de suas bases o princípio da solidariedade. O cuidado entre os seus entes que recebe forças advindas desse princípio que se revela importante para a harmonia, criação e formação da relação.

Com isso, há uma grande conexão extensiva entre a solidariedade e a afetividade considerando importante quando fundamentos como o amor, compreensão, perdão, tornaram-se elementos essenciais para a formação de qualquer que seja a entidade familiar.

Nesse sentido, o que não se pode desprender é da importância da afetividade, que é a base de sustentabilidade para qualquer relação e, principalmente, a que está em foco, que é a relação concubinária. Se a mola motriz das relações familiares é o afeto, deixar de lado qualquer de seus arranjos familiares seria antijurídico, caracterizar-se-ia como a vitória de um preconceito social de alhures e a conseqüente derrota dos princípios-base do ordenamento jurídico.

3.4 Da descaracterização da monogamia como princípio

Ao ampliar o conceito de família, faz-se necessário deixar de lado o preconceito estabelecido por tudo que é visto fora das normalidades sociais. E dentro disso, encontra-se a monogamia, estabelecida não como um princípio, mas apenas como uma condição de quem queira praticá-la, sendo visto como algo impositivo a ser socialmente cumprida dentro das formações familiares, constituindo um verdadeiro tabu a quebra desse idealismo.

A grande problemática que dificulta o reconhecimento das famílias, as quais possuem a simultaneidade de relacionamentos em sua caracterização, é a grande influência que o Estado tem em coibir esse tipo de prática, com resquícios da influência religiosa em não tolerar tais relações, antes tida como uma ameaça ao patrimônio.

Estabelecido no Código Civil de 2002, de forma expressa, no artigo 1.566, em seu inciso primeiro, no qual diz que a fidelidade recíproca é um dever de ambos os cônjuges no casamento, bem como, no artigo 1.724 que: “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres da lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

A indicação da fidelidade em lei, nas palavras de Maria Berenice Dias : (2009, p. 2)

[...] trata-se de direito cujo adimplemento não pode ser exigido em juízo. Ou seja, desatendendo a um do par o dever de fidelidade, não se tem notícia de ter sido proposta, na constância do casamento, demanda que busque o cumprimento de tal dever. Tratar-se-ia de execução de obrigação de não fazer? E, impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado? Ademais, se eventualmente não cumprem um ou ambos os cônjuges dito dever, tal em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial.

A partir dessa imposição legal, ser fiel é o mesmo que ser monogâmico? Sobre esta problemática, Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 77) diz:

Quando falamos em monogamia estamos nos referindo a um modo de organização da família conjugal. O seu negativo, ou, o avesso deste princípio não significa necessariamente o horror de toda organização social, ou seja, a promiscuidade. Traição e infidelidade não significam necessariamente a quebra do sistema monogâmico.

Posto isso, há uma grande confusão quando se fala em fidelidade e monogamia. Compreende-se que são diferentes, tendo em vista que a monogamia sugere a existência de um relacionamento exclusivo, com uma única pessoa; ao contrário de fidelidade, que caracteriza um comprometimento com uma pessoa, não implicando sua quebra na existência de relacionamentos paralelos, uma vez que é possível exercer a fidelidade a cada um dos parceiros. Em outras palavras, a fidelidade em relacionamentos amorosos diz respeito ao arranjo convencionado pelos envolvidos, seja este um arranjo monogâmico ou não.

Existe fortemente o paradigma entre a quebra da monogamia com a assimilação direta à promiscuidade. Ainda é muito presente no senso comum, quando se sobrepõem questões morais a questões afetivas. Alex Castro (2013) analisa de forma reflexiva a escolha pelo modelo monogâmico:

O tradicional amor romântico-monogâmico é lindo. Pena que ele mata e reprime e enlouquece.

[...]

[...] o que mata e reprime e enlouquece, é a monogamia institucional quase-compulsória da nossa sociedade; é esse pacto ser vendido na mídia, nas famílias, nas igrejas, nas escolas, nos filmes como a única opção existente para se relacionar e constituir família; é tachar de imorais, doentes e antiéticos quaisquer arranjos amorosos e sexuais fora do sistema monogâmico; são as pessoas adotarem o pacto monogâmico não porque refletiram a respeito e escolheram a monogamia dentre um infindável número de outros tipos de relacionamentos disponíveis, mas simplesmente porque nunca souberam que havia outra escolha possível.

A monogamia, analisada do ponto de vista moral, fere questões que a sociedade, por mais que as pratiquem, não as aceitam, resultando em conduta desprezada pelo meio social. Então, a monogamia é vista como uma imposição para que a família se organize estruturalmente, Como diz Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 76): “ele é um princípio básico organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental”.

Partindo do posicionamento do referido autor acima citado, pode-se considerar a

monogamia um princípio? Maria Berenice Dias (2010, p. 61) aduz:

Pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relações, simplesmente deixar de prestar efeitos jurídicos a um ou, pior, ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel. Resta ele com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. Essa solução, que vem sendo apontada pela doutrina e aceita pela jurisprudência, afasta-se do dogma maior de respeito à dignidade da pessoa humana, além de chegar a um resultado de absoluta afronta à ética.

Por isso, há esse questionamento se a monogamia está inserida como um princípio ou valor, haja vista que, em nossa Carta Maior, não a contempla. Sendo assim, a monogamia estaria presente no ordenamento jurídico como, nas palavras de Maria Berenice Dias (2010, p. 60): “mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condomínial primitivo”.

Elevar esse valor como princípio seria intervir através de imposições estatais, passando por cima de princípios como a dignidade da pessoa humana, mínima intervenção estatal, pluralidade nas formações famílias, entre outros.

4 DESMISTIFICANDO O CASAMENTO

O casamento foi durante muito tempo considerado a única forma de constituição familiar, influenciado principalmente pelo Direito Canônico nas sociedades. Partindo dessa consideração, seria então o casamento o destino de todos os seres humanos que desejem formar suas famílias?

Historicamente, as leis protegiam aqueles que optassem pelo casamento, seja ele legal ou religioso. Esse paradigma experimentou uma forte mutação com a Constituição de 1988, que ocasionou certa ampliação das entidades familiares.

Sobre esse contexto, comenta Cristiano de Farias e Nelson Roselvald (2011, p. 182):

Com a Lex Mater de 1988, a situação se modificou, ganhando novos ares. A família foi pluralizada, assumindo diferentes feições. O casamento perdeu a exclusividade, mas não a proteção. Continua merecedor da especial proteção do Estado (CF, art. 226), como uma das formas possíveis para a constituição de uma entidade familiar, através de uma união, forma, solene, entre pessoas humanas. Apenas não mais possui a característica da exclusividade, convivendo com outros mecanismos de constituição de família, como a união estável, a família monoparental, a família homoafetiva... Dispõe,

textualmente, o caput do art. 226 da Carta Maior que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, relevando, de forma evidente, que todo e qualquer núcleo familiar, tenha sido constituído de que modo for, merecerá a proteção estatal, não podendo sofrer discriminações. O casamento, em meio a esta multiplicidade de núcleos afetos, continua protegido, apenas perdendo o exclusivismo.

Visto isso, é fato que o ato do casamento não é único meio para formação de uma entidade familiar. Apesar desse entendimento erigido, o casamento ainda se encontra taxado socialmente como único meio para constituição familiar. Concordar com esse entendimento emerge como uma visão ultrapassada sobre a família e seus possíveis múltiplos arranjos, principalmente pela falta de atenção ao princípio da pluralidade familiar, no qual garante a livre formação familiar, que não enseja necessariamente a formação familiar a partir do casamento.

Maria Berenice Dias (2010, p. 148) idealiza esse pensamento de que:

A sacralização do casamento faz parecer que seja essa a única forma de constituir a família. Mas é a família, e não o casamento, que a Constituição chama de base da sociedade merecedora de especial proteção e atenção do Estado (CF 226).

Nesse sentido, frequentemente, perguntam-se os motivos que ensejam a constituição do casamento. Fábio Ulhoa (2012, p. 33) aborda sobre o que motiva a construção da família através do casamento:

Pois bem, afinal, o que leva um homem e uma mulher a se casarem? É a organização da vida. Não o amor, nem a gratificação sexual. Olhando à volta as experiências concretas de casamento que conhece, o estudioso dos conflitos de interesses e de sua superação (suficientemente distanciado) chega a essa conclusão. [...] Se o marido desemprega-se, deixa de trazer dinheiro para casa, acovarda-se nos desentendimentos com a vizinhança, não troca as lâmpadas queimadas, ou a mulher não mais capricha na comidinha, deixa empilhar a roupa suja, executa mal e porcamente a limpeza da casa — é difícil que tudo fique bem só porque os dois se amam ou se entendem maravilhosamente na cama. Amor e sexo são motivações insuficientes para o casamento.

Segundo o autor supracitado, o casamento não tem como alicerce o amor que está ligado diretamente ao princípio da afetividade, tornando-se apenas uma rotina com o cumprimento de práticas (ou tarefas) divididas em responsabilidades masculinas, outras femininas, existindo assim uma separação baseada no gênero acerca das obrigações estabelecidas como rótulos indicativos para cada um.

Partindo desse apontamento, entende-se que o autor coloca o casamento como um contrato, em que indiretamente são estipuladas cláusulas negociáveis, incluindo previsões indicativas pelo gênero, ficando evidente quando há a utilização desses critérios para uma relação de subordinação, impondo, por exemplo, quando é dito na citação, implicitamente, que as atividades domésticas são atribuídas à mulher.

Nesse sentido, é de bom alvitre questioná-lo quando coloca as razões da união casamentária. Ora, todos os motivos acima citados só podem ser cumpridos por meio do casamento? Será que somente é possível uma organização de vidas, se o vínculo for constituído por meio do enlace matrimonial civil? Veementemente, não.

As uniões que originam a formação familiar, em quaisquer modalidades são independentes. Não é um papel intitulado como documento que atesta a união das pessoas, que faz com que o convívio cotidiano torne a relação afetiva harmônica, bem estruturada, fundada em valores que não vinculam a família ao casamento.

Muitas são as discussões acerca do tradicionalismo aplicado ao casamento, nos quais a construção de uma família (como união de pessoas) não está necessariamente ligada à heterogeneidade das novas visões e entendimentos, considerando questões elevam a ideia de que todas as etapas de um relacionamento tendem à concretização do casamento, que passa por um processo de desencantamento social em decorrência da liberdade para diversas formações familiares constitucionalmente conferidas através do princípio da pluralidade familiar.

A imposição da sacralização do casamento tanto no âmbito civil como religioso faz com que homens e mulheres se sustentem em concepções moralistas que atribuem apenas ao casamento a união, multiplicação e afetividade entre as pessoas.

O certo é que a realidade social mudou. Antigamente o ato de não casar era visto como uma afronta aos valores sociais. E quando se tratava de relações sexuais sem estar na constância do casamento, apenas o homem poderia exercer sem que houvesse sanção por isso

Às mulheres, principalmente, lhes foi imposto a idealização o casamento como um sonho encantado com direito a vestido, príncipe e carruagem, quando, na verdade, a elas caberia a função de cuidar do lar, filhos, marido, ou seja, subordinar-se às imposições como um subalterno.

Essa concepção mudou fortemente quando as mulheres se organizaram e passaram a reivindicarem por seus direitos. A primeira grande quebra em âmbito legal, que balançou as bases casamentárias da hierarquia patriarcal, foi a edição da Lei 6.121, reconhecida o Estatuto

da Mulher Casada, que devolveu sua plena capacidade e permitiu a condição de colaboradora no regimento do casamento. (DIAS, [2009])

Logo em seguida, veio a aprovação da Lei do Divórcio em 1977 que nas palavras de Maria Berenice Dias [2009]:

A nova lei, ao invés de regular o divórcio, limitou-se a substituir a palavra “desquite” pela expressão “separação judicial”, mantendo as mesmas exigências e limitações à sua concessão. Trouxe, no entanto, alguns avanços em relação à mulher. Tornou facultativa a adoção do patronímico do marido. Em nome da equidade estendeu ao marido o direito de pedir alimentos, que antes só eram assegurados à mulher “honesta e pobre”. Outra alteração significativa foi a mudança do regime legal de bens. No silêncio dos nubentes ao invés da comunhão universal, passou a vigorar o regime da comunhão parcial de bens.

É certo que, de muitas que foram as lutas por uma independência real, inúmeras podem ser as causas que levam uma pessoa a não optar pelo casamento. Em destaque, apontou-se de forma superficial a modificação do papel feminino como protagonista de um sonho realizado pelo enlace matrimonial. Posto isso, talvez, a independência feminina tenha sido um dos grandes motivos que levaram os ordenamentos jurídicos a repensar o casamento e à doutrina contemporânea mais arejada desmistificá-lo, compreendendo que não é tão somente por meio dele que é possível uma construção familiar.

5 CONCUBINATO: RAÍZES DO PRECONCEITO NO MEIO SOCIAL

Vista sob um âmbito contrário aos ditames sociais, a prática de relações de natureza sexual, estranha ao casamento são tidas como atos adversos à moral e aos bons costumes valorativos impostos. Porém, mesmo carregando este estigma, não foi cessada a feitura desses atos.

Maria das Graças Moura de Sousa Soromenho Pires (1998, p. 9) traça uma visão do concubinato sob o aspecto sociológico:

Sob o aspecto sociológico, o concubinato não é um fenômeno esporádico ou isolado, quer entre nos demais países, como se depreende do estudo dos acontecimentos através do Direito Comparado. De outra parte, nem é fenômeno puramente da época em que vivemos, posto que os registros da história das instituições sociais e jurídicas fornecem a certeza de sua existência em todas as épocas. Sempre acompanhou as estruturas familiares que as diversas eras sustentaram. A questão sempre teve atualidade. Em todas as épocas e no presente. O que ressalva é que, independentemente de

qualquer planificação legal, como no casamento o concubinato sempre existiu e provavelmente sempre existirá.

E assim, percebe-se que o concubinato transcende épocas e atinge as estruturas familiares, perpetuando-se pelas forças das relações sexuais, não entrelaçadas apenas ao casamento, não seguindo os preceitos morais, éticos e religiosos estabelecidos, pois a mera formalização não enseja relações estáveis, baseadas no afeto mútuo.

Nesse sentido, o que idealiza a família não é meio em que se insere na sociedade como entidade familiar, e sim a forma, a convivência a dois. E é partir disso que o concubinato vem sendo ao longo de toda a história uma expressão que representa um ato informal que se assemelha ao casamento, pelo fato de se tratar de uma união, ainda que livre, entre homem e mulher, com práticas comuns a qualquer tipo de relação familiar.

Do ponto de vista convencional, muitos são os fatores que laceiam o concubinato. Tem-se, fortemente, o fator social como causa dessa formação. Não há uma unicidade jurídica que justifique a aderência por esse tipo de formação familiar, dado que, do panorama social, o concubinato surge como sendo uma prática livre de imposições sociais, vistas como anormais, sendo subjetivas e morais, guiadas pelos sentimentos dos próprios envolvidos.

Vale mencionar que não há como elencar, taxativamente, os fundamentos que levam à constituição do concubinato, haja vista serem fatores que diferem em cada caso concreto. Por outro lado, analisando a prática mais comum, na qual existe um impedimento, seja ele religioso ou de direito, imposto por condições éticas decorrentes de valores impostos, tem-se a preponderância da existência de casamento civil (de um ou de ambos os envolvidos) anterior ao enlace, o que configura o concubinato, na maioria das vezes, como uma relação extraconjugual.

A referência a esta prática como sendo uma relação paralela ou simultânea ao casamento, diga-se, não pode servir como escusa para a invisibilidade perante outros arranjos familiares, incluindo os expressamente e não expressamente previstos no ordenamento jurídico.

Traçar uma negativa desse fato seria maquiagem a própria realidade, um injustificável apego a resquícios de uma sociedade preconceituosa que não aceita aquilo que difere do normal. Amor e o afeto podem não se manifestar com exclusividade, ficando a cargo de cada um escolher os sentimentos aos quais se submetem e a forma como querem externá-los socialmente.

À parte isto, através da convivência, afeto, estabilidade, publicidade (mesmo que

restrita), há meios suficientes para atestar a realidade de uma família, um conceito muito mais abrangente do que aquela de bases tradicionais, com contornos restritivos.

Não obstante, aquilo que difere do que foi estabelecido como normal sofre com a ausência de leis, tanto na parte que cria o Direito, quanto na parte que o aplica, tarefas estas incumbidas, respectivamente, ao Legislativo e Judiciário. O que aconteceu, na realidade, foi uma mudança de caráter hermenêutico, no qual o aplicador do Direito, ou seu intérprete, teve que se ater a recursos que suprissem a ausência de leis, ajustando-se a outros meios que dessem solução aos fatos, encontrando respaldo em outras fontes normativas.

A ideologia de que a família está condicionada ao casamento, estabelecendo critérios padronizados acerca da sua constituição como o conservadorismo matrimonial e relações heterossexuais foram transformadas pela ação do tempo, mais além, estando a sociedade mais atenta aos costumes, em decorrência do surgimento de novas realidades sociais.

Apesar de nomear as entidades tidas como paralelas como um novo modelo familiar, essa realidade já se faz presente há muito tempo, o que é considerado como novas são as lutas pelos seus reconhecimentos como famílias, rompendo assim o paradigma social que eleva a monogamia como um ideal, regado de fundamentos, que negava essas práticas.

Com isso, juntamente com o pensamento conservador, existem preconceitos advindos da moral social e da moral religiosa, causadores diretos de uma grande rigidez frente às novas tendências trazidas com a modernização da família, que hoje tem como fundamento principal o afeto. Assim, qualquer conduta que contrarie o que é estabelecido como normal é mal visto ou inexistente.

No Direito de Família, mais notadamente no concerne às relações familiares, muitas normativas discriminatórias perduraram ao longo da história em nome de um ideal de normalidade forjado por dogmas religiosos ou pelos ditames não menos metafísicos da moral individual. Purgando o ordenamento daquilo que era tão ferino à dignidade humana, as novas hermenêuticas acabaram por promover uma verdadeira democratização dos sentimentos, como assevera Maria Berenice Dias, [2009], de forma que:

[...] 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.

É sob essa perspectiva que a família não se restringe às imposições sociais, que muitas vezes são cruéis em aplicar nomenclaturas negativas a certas entidades, usando nomes pejorativos, como é o caso do tão conhecido termo “amante”. Sobre essa terminologia, a mesma autora, [2009] referencia:

Ainda que nomes não tenham efeito mágico, quem sabe a partir do momento em que se realce a natureza afetiva do vínculo, as pessoas se amem mais e vivam suas relações com a cumplicidade, o companheirismo e o carinho que somente aqueles que amam – ou seja, os amantes – sabem viver.

O fato de essa palavra ser apreciada com teor de clandestinidade não retira do seu real significado sua essência, pois amante é aquele que ama em seu mais puro significado. Então, nesse sentido, o uso desta palavra está interligado diretamente ao desvio de conduta estipulada aos contraentes do casamento, como uso de quem comete relações extraconjugais.

O que se presencia hoje é que essa ideia de ilegitimidade familiar ultrapassa sobre a verdadeira funcionalidade conectiva entre o sentimento e o afeto, não a admitindo por ferir regras, muitas delas morais, em razão dessa proibição de amar verdadeiramente.

Costumeiramente, tem-se nos relacionamentos uma etapa prévia para o futuro ato casamentário, como se assim fosse uma etapa obrigacional a ser cumprida. Essa é uma realidade que não desaparece de um dia para o outro, porém tem um crescimento significativo, principalmente com a modernização da família, que tem como preceito fundamental o afeto.

O que se presencia atualmente, como já dito anteriormente, é uma verdadeira desmistificação de que um relacionamento exclusivamente findará em casamento. A quebra do paradigma de que as relações amorosas tendem necessariamente ao casamento como arranjo familiar mais comum, tem mudado em decorrência das novas valorações aplicadas, e, principalmente, consideradas em razão da livre formação familiar, nas quais há respaldo no princípio da pluralidade familiar.

No concubinato, como em tantos outros fatos sociais, recai principalmente e mais notadamente sobre as mulheres, a parte negativa dessa relação, como se fosse uma conduta estritamente feminina, pois os homens são vistos de forma positiva, atribuindo-lhes adjetivos que os enaltecem.

Socialmente são estabelecidas divisões acerca de qual papel social é cabível a cada um dos gêneros (masculino ou feminino). Quando uma pessoa desrespeita uma norma social esperada em relação ao seu gênero, ela recebe sanções sociais e até jurídicas. Uma conduta,

quando praticada por pessoas pertencente a gêneros diferentes, e dependendo de quem a pratique, pode ser vista como algo bom, como é o caso do homem, cuja conduta de manter relações extramatrimoniais é culturalmente aceita e exaltada, diferentemente da reprovação social que a mulher enfrenta em ser nomeada pejorativamente pelo mesmo motivo, ressaltando que mesmo com uma evolução lenta e gradativa da quebra desse paradigma, ainda é possível visualizá-la no campo social.

É o que acontece, a título exemplificativo, com as prostitutas. Não é comum nomear um homem que presta serviços sexuais como prostituto ou até mesmo “puto”. Isso acontece analogicamente e é tido como realidade nas práticas concubinárias, nas quais recai apenas para a mulher o estigma de ser a culpada da relação, culpa que está diretamente relacionada ao adultério cometido, como se somente ela impulsionasse a relação. Nesse sentido, Francis Olsen⁵ (1990) menciona sobre essa distinção entre papéis socialmente atribuídos a homens e mulheres, relacionando-a com o direito:

Durante muchos años, las feministas se han quejado de que el derecho establece distinciones irracionales entre hombres y mujeres. De acuerdo con estas críticas, el derecho debería ser racional y objetivo, y para ello debería tratar a las mujeres de la misma forma como trata a los hombres.

A autora acima citada critica as distinções existentes entre homens e mulheres, quando não baseadas no uso racional e objetivo do direito, devendo assim, haver uma isonomia na prática, pois as leis asseguram a existência da igualdade como um direito, quando na realidade, existe uma grande divisão baseada em sexo, afastando assim a igualdade formal.

Diante disso, quando a lei atribuiu ao princípio da igualdade o caráter isonômico entre os gêneros, deu sentido material ao tratamento do assunto, porém essa teoria de que isso na prática aconteceria, mostra-se falha quando se vê na realidade.

Isso é recorrente no Poder Judiciário, regido pela casuística, pois quando é concedido ou negado um direito pleiteado, criam-se categorias tão padronizadoras como papéis a serem exercidos. Para acessar direitos, é necessário se enquadrar nestas categorias, assim o direito atua também como construtor de identidades, como a categoria de esposa e de amante.

Os papéis atribuídos aos homens e mulheres são nitidamente atribuídos de formas diferentes. A sociedade empregou um estigma divisor de atividades, e quando isso é

⁵ Durante muitos anos, as feministas se queixaram de que o direito estabelece distinções irracionais entre homens e mulheres. De acordo com esta crítica, a lei deve ser racional e objetiva, e deve tratar as mulheres da mesma forma como ele trata os homens (Tradução livre).

quebrado, é motivo para ser visto de forma anormal. Não acontece diferente quando os papéis dos partícipes do concubinato se invertem.

E aí, entra a importância do gênero, pois foi a partir de estudos que envolvem a análise de sexo, gênero e sexualidade, tornou-se evidente essa distinção imposta. Sobre essa temática, Joan Scott Wallach (1996) contextualiza esse estudo:

O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado. Com a proliferação dos estudos do sexo e da sexualidade, o gênero se tornou uma palavra particularmente útil, porque oferece um meio de distinguir a prática sexual dos papéis atribuídos às mulheres e aos homens. Apesar do fato dos(as) pesquisadores(as) reconhecerem as conexões entre o sexo e o que os sociólogos da família chamaram de “papéis sexuais”, aqueles(as) não colocam entre os dois uma relação simples ou direta. O uso do “gênero” coloca a ênfase sobre todo o sistema de relações que podem incluir o sexo, mas que não é diretamente determinado pelo sexo nem determina diretamente a sexualidade.

Essa atribuição de papéis baseada no gênero fere diretamente o princípio da igualdade dos gêneros, visto que esses parâmetros sociais se transformaram com a evolução do pensamento e principalmente, com o desprendimento aos estigmas que limitam à atuação livre de como cada um escolhe traçar seu modo de viver.

E sobre as disposições sociais, muitas vezes impõem situações que não devem ser vistas como absolutas. Neste sentido, Joan Scott Wallach (1996) aduz:

Sem dúvida, está implícito que as disposições sociais que exigem que os pais trabalhem e as mães cuidem da maioria das tarefas de criação dos filhos, estruturam a organização da família. Mas a origem dessas disposições sociais não está clara, nem o porquê delas serem articuladas em termos da divisão sexual do trabalho. Não se encontra também nenhuma interrogação sobre o problema da desigualdade em oposição àquele da simetria. Como podemos explicar, no seio dessa teoria, as associações persistentes da masculinidade com o poder e o fato de que os valores mais altos estão mais investidos, na qualidade de masculino do que na qualidade de feminino? Como podemos explicar o fato de que as crianças aprendem essas associações e avaliações mesmo quando elas vivem fora dos lares nucleares ou dentro de lares onde o marido e a mulher dividem as tarefas parentais? Eu acho que não podemos fazer isso sem dar uma certa atenção aos sistemas de significação, isto é, às maneiras como as sociedades representam o gênero, utilizam-no para articular regras de relações sociais ou para construir o sentido da experiência. Sem o sentido não há experiência; sem processo de significação não há sentido.

Há, majoritariamente, nos doutrinadores de Direito de Família citados neste trabalho, a análise da questão do concubinato apenas sobre uma ótica jurídica, mas é necessário fazer

uma leitura das relações sociais que envolvem a prática do concubinato.

Mudanças legislativas, por si só, não são capazes de mudar a realidade social. Há estereótipos de gênero que influenciam nitidamente a aplicação do direito. Este não é asséptico. Está impregnado de ideias preconcebidas.

Nesse sentido, essa relação perpassa questões jurídicas, partindo da seara social, principalmente, essa negativa que eleva a mulher como um ser intimamente inferior. E quando se relaciona isso às práticas concubinárias, mais notadamente, acumula dupla sanção por desrespeitar normas sociais que impõem tratamento diferenciado da esposa, e faz parecer ser um castigo ter nascido mulher amante.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As práticas concubinárias, especificamente no tocante ao concubinato adúltero, não se limitam apenas ao que foi brevemente exposto. Percebe-se que o tratamento sobre o assunto é incipiente tanto na parte doutrinária como nas decisões jurisprudenciais, não sendo, então, a existência do concubinato, um assunto pacífico. Em raras situações, encontra-se, no âmbito do Direito, a rediscussão da monogamia e de seus significados. Com isso, estaciona-se em frente de um dos maiores tabus do direito de família: a monogamia aparece como algo velado e permeado de moralidade, sendo difícil e raramente questionada.

Ao longo deste trabalho, procurou-se analisar a família de forma geral, para assim compreender sua transformação ao longo da evolução social e legal que vem acontecendo rapidamente com o decorrer dos anos, especialmente em relação ao concubinato adúltero, bem como fundamentos nos princípios que norteiam e dão mais sentido para a compreensão desta relação.

Assim, ainda com tantas questões pendentes e polêmicas relacionadas ao instituto do concubinato adúltero, ao fim e ao cabo, hoje, fica a encargo da jurisprudência a tutela prática destes direitos, sendo muitas vezes moldada pelos enquadramentos pessoais do Julgador, em lugar da teleologia dos princípios-fonte do ordenamento.

Julga-se ausente o direito, alega-se a inexistência de norma e opta-se por interpretar o concubinato adúltero como sendo um ato taxado negativamente, mal visto pela sociedade, portanto, fora da proteção jurídica, à contramão da ideia de que a função do direito é proteger a essência, e não a forma. Não cabe aos operadores do direito deliberar sobre a aplicabilidade de normas que limitem tutelas, já que esta é tarefa da manifestação legiferante.

Até que o Poder Legislativo ofereça uma norma específica, sugerem-se, de acordo

com a integração principiológica do ordenamento jurídico, ser utilizados os mesmos critérios do chamado concubinato puro (união estável) para a tutela do concubinato impuro. Com efeito, uma vez que não se trata do crime de bigamia, em não havendo ilícito penal, ocorreria apenas a quebra do dever de fidelidade, uma antijuridicidade sem danos, tendente à revogação por desuso.

REFERÊNCIAS

ALVES, Clarissa Cecília Ferreira. **Uma análise feminista acerca do contrato de casamento e da obrigação de caráter sexual dele decorrente**. 2012. 182 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas.

BRAGA, Higo Henrique Pereira. Direito de Família. In: Silvio Neves Baptista(coord.) **Manual de direito de família**. 2 ed. Recife: Bagaço, 2010. p. 253-262.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. Código civil 2002. **Código civil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASTRO, Alex. **A monogamia é uma prisão**. Disponível em: <<http://www.papodehomem.com.br/a-monogamia-e-uma-prisao>>. Acesso em: 11 abr. 2014.

DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**. 4.ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1998.

DAL COL, Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

_____. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O dever de fidelidade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_o_dever_de_fidelidade.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2014.

_____. **Sociedade de afeto**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_sociedade_de_afeto.pdf. Acesso em: 21 abr. 2014.

_____. **A mulher no código civil**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 21 abr. 2014

_____. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%20rio,_bigamia_e_uni%20o_est%20vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf>.
Acesso em: 21 abr. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4.ed.Salvador: Juspodvm, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. **Novo curso de direito civil: Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 2.ed. São Paulo : Saraiva, 2012. Vol. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias paralelas**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, p. 199-219, jan/dez, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELO, Midian Moura Maymone de. Poder Familiar. In: Silvio Neves Baptista(coord.) **Manual de direito de família**. 2.ed. Recife: Bagaço, 2010. p. 13-22.

MUNIZ, Mário Monteiro. Princípios do Direito de Família. In: Silvio Neves Baptista (coord.) **Manual de direito de família**. 2.ed. Recife: Bagaço, 2010. p. 13-22.

OLSEN, Frances. El sexo del derecho, in David Kairys (ed.), **The politics of law**, Trad. Mariela Santoro y Christian Courtis, p. 452-467, Nueva York, 1990.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6 ed.Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 257 f. Doutorado (tese). Universidade Federal do Paraná.

PITCH, Tamar. **Um derecho para dos: las construcción jurídica de género, sexo y sexualidade**. Milán: Trotta, 2013.

PIRES, Maria das Graças Moura de Sousa Soromenho. **O Concubinato no direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIEZO, Barbosa. **Do concubinato: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. São Paulo: Lexbook, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil para a análise histórica**. 2 ed. Recife: SOS Corpo, 1996.