

O CONTEÚDO JURÍDICO DO DEVER DE LEALDADE E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA

*Igor Batista de Oliveira e Rafael Alves de Moura*¹

Resumo: O legislador ordinário, tal qual fez ao disciplinar o casamento, estabeleceu deveres recíprocos entre aqueles que convivem em união estável, com vistas a estabelecer um mínimo de dignidade nestas relações. Existe uma simetria entre os deveres recíprocos dos cônjuges e dos companheiros. Contudo, ao listar os deveres do companheirismo, o Código Civil não mencionou o dever de fidelidade, embora haja mencionado o dever de lealdade. Daí surge o problema de pesquisa a ser resolvido neste artigo: fidelidade tem o mesmo conteúdo jurídico que o dever de lealdade, um dos deveres dos companheiros?

Palavras-chave: União Estável; Lealdade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. ACEPÇÃO COMUM; 3. CONCEITO JURÍDICO; 4. ANÁLISE DO CARÁTER MONOGÂMICO DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO ESTRANGEIRO; 5. BREVES REFLEXÕES SOBRE A LEALDADE E A MORALIDADE; 6. REPERCUSSÃO DO CONTEÚDO DA LEALDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA; REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho acadêmico tem como objetivo buscar uma conceituação do dever de lealdade que se coadune com os princípios que regem o Direito de Família. Para tanto, serão analisadas criticamente as opiniões de vários autores acerca do significado do dever de lealdade, um dos deveres jurídicos que os companheiros devem observar na união estável. Para

¹ Graduandos em Direito – Universidade Salvador (UNIFACS)

alcançar tal desiderato também será feito um estudo comparativo entre a legislação brasileira e legislações estrangeiras.

A fidelidade é tradicionalmente definida como a abstenção de praticar relações sexuais com terceira pessoa, isto é, fora do casamento. Não há grandes divergências entre os doutrinadores acerca deste dever exigível dos cônjuges. Porém, relativamente à lealdade, a doutrina se digladiava para definir o seu conceito, de modo que, para alguns autores, este dever tem o mesmo significado jurídico do dever de fidelidade, enquanto para outros tais deveres são completamente diferentes.

2. ACEPÇÃO COMUM

Muito embora a interpretação literal nem sempre seja a mais adequada, o conteúdo semântico das palavras é o ponto de partida da atividade hermenêutica, não podendo ser desprezado. Logo, neste tópico será feita uma abordagem sobre o significado comumente atribuído à palavra lealdade.

Serão analisadas as definições trazidas por alguns dicionários da língua portuguesa com o fito de investigar os significados correntemente atribuídos à palavra lealdade. Isto porque, o objetivo de tais obras é pesquisar os vários sentidos dado a um vocábulo – acompanhando a sua evolução no decorrer do tempo –, bem como descobrir outros que são criados no decorrer do tempo, através da linguagem viva do dia – dia.

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa apresenta a seguinte definição para o vocábulo lealdade:

lealdade *s.f.* (sXIII) **1 respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade 2 fidelidade aos compromissos assumidos 3 caráter do que é inspirado por este respeito ou fidelidade [...]**²
(GRIFOS NOSSOS)

Por outro lado, a palavra lealdade é apontada como sinônima de fidelidade pelo mesmo dicionário:

fidelidade *s.f.* (sXIII) **1 característica do que é fiel, do que demonstra zelo, respeito por alguém ou algo; lealdade <f. ao rei> <f. religiosa> 2**

² DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1163.

constância nos compromissos assumidos com outrem <f. *partidária*> <f. *conjugal*> **3** constância de hábitos, de atitudes <f. *da clientela a uma loja*> **4** compromisso rigoroso com o conhecimento; exatidão <f. *da pesquisa acadêmica*> [...] ³
(GRIFOS NOSSOS)

Confrontando-se as definições de fidelidade e lealdade trazidas pelo Dicionário Houaiss, ambas colacionadas acima, verifica-se que há uma identidade entre estes vocábulos. Ou seja, são sinônimos.

O Minidicionário da Língua Portuguesa Silveira Bueno também aponta o vocábulo lealdade como sinônimo de fidelidade, *in verbis*:

LEALDADE, s.f. Qualidade de leal; sinceridade; **fidelidade**.
le.al.da.de ⁴
(GRIFOS NOSSOS)

O Minidicionário da Língua Portuguesa Soares Amora igualmente apresenta o vocábulo fidelidade como sinônimo de lealdade. É o que se depreende da definição do adjetivo leal, *in verbis*:

le.al *adj* 2 *gên* 1. Sincero, franco, honesto; 2. **fiel**. ⁵
(GRIFOS NOSSOS)

Portanto, diante das definições dadas pelos dicionários acima mencionados, verifica-se que lealdade e fidelidade, pelo menos para o senso comum, são palavras sinônimas, apresentando o mesmo conteúdo.

Por outro lado, independentemente das definições apresentadas pelos dicionaristas, facilmente se percebe que, para as pessoas em geral, a palavra lealdade é um sinônimo de fidelidade. Uma está intimamente relacionada à outra. Quem pretender diferenciá-las terá de recorrer a áreas específicas do conhecimento, a exemplo da psicologia.

As reflexões feitas neste tópico serão retomadas no tópico seguinte.

3. CONCEITO JURÍDICO

Neste tópico serão analisadas especificamente as opiniões dos autores acerca do significado/alcance do dever de lealdade.

Primeiramente serão estudados os Autores que entendem que o dever de lealdade traz dentro de si a fidelidade. Depois, serão analisadas as

³ Ibidem, p. 892.

⁴ BUENO, Silveira. Silveira Bueno: Minidicionário da Língua Portuguesa. Ed. rev. e atual. São Paulo: FTD, 2000, p. 466.

⁵ AMORA, Antônio Soares. Minidicionário Soares Amora da Língua Portuguesa. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 421.

opiniões daqueles que entendem diversamente, ou seja, que não há correspondência entre os deveres em questão.

O desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Carlos Roberto Gonçalves, ao explanar sobre os deveres dos companheiros, se manifesta da seguinte forma:

O art. 1.724 do Código Civil regula as relações pessoais entre os companheiros. Declara o aludido dispositivo:

“As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Os três primeiros são direitos e deveres recíprocos, vindo em seguida os de guarda, sustento e educação dos filhos. **O dever de fidelidade recíproca está implícito nos de lealdade e respeito. Embora o Código Civil não fale em adultério entre companheiros, a lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie.** E o dispositivo em apreço exige que eles sejam leais.⁶

(GRIFOS NOSSOS)

Assim, percebe-se, da explanação do supramencionado autor, que o dever de lealdade, conjuntamente com o dever de respeito, é mais abrangente, amplo, de modo que traz o dever de fidelidade dentro de si. Conseqüentemente, não é possível ser leal sem ser fiel. Logo, há uma interseção entre o significado jurídico de tais palavras, um ponto em comum.

Com efeito, não há como entender ser inexigível o dever de fidelidade nas uniões estáveis. O dever de respeito impede o Direito de emprestar efeitos jurídicos a relacionamentos afetivos surgidos paralelamente a uma união estável – classificados pela doutrina como concubinato adulterino –, ainda que ele preencha os requisitos do art. 1.723 do CC-02, sob pena de cancelar um ilícito civil.

Não se pode negar que há ofensa à honra de um dos companheiros, a partir do momento que o outro se relaciona sexualmente com terceira pessoa. A traição gera uma situação constrangedora, vexatória ao convivente traído, mormente quando ela se reveste de publicidade.

Conseqüentemente, ainda que se considere a lealdade um dever jurídico diverso da fidelidade – o que permitiria, em tese, o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas – o concubinato adulterino não poderia produzir efeitos típicos de uma entidade familiar, por afrontar o dever de respeito. Ele não pode ser considerado uma união estável.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 6ª ed. Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 567.

Os membros do Ministério Público Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, embasados no pensamento de Álvaro Villaça Azevedo, manifestam entendimento semelhante ao do civilista Carlos Roberto Gonçalves, ao classificarem a fidelidade como uma espécie do gênero lealdade e respeito:

Quanto ao dever jurídico de fidelidade recíproca, apesar de não ter sido acolhido expressamente pelo texto codificado, encontra-se, perfeitamente, inserido no conceito de lealdade e respeito recíprocos. **Aliás, lealdade e respeito constituem gênero do qual a fidelidade é uma de suas espécies.**⁷
(GRIFOS NOSSOS)

Ademais, os ilustres representantes do *Parquet* atentam para a impossibilidade de se analisar a fidelidade recíproca desvinculada do dever de respeito e consideração mútuos. Tal constatação se baseia, provavelmente, na proximidade de conteúdo existente entre esses deveres, não sendo leviano afirmar que, de acordo com aqueles doutrinadores, eles são faces da mesma moeda, na medida em que a infidelidade representa falta de respeito para com o outro companheiro/cônjuge:

A fidelidade recíproca (inciso I) representa a expressão natural da monogamia, erigida à altitude de dever jurídico. Atualmente, não se pode proceder à análise do dever de fidelidade dissociado do dever de respeito e consideração mútuos, tratado no inciso V do referido dispositivo legal.⁸

No mesmo sentido das opiniões trazidas até então, o professor J. M. Leoni Lopes de Oliveira, aponta a fidelidade como uma das características da união estável, *in verbis*:

A união estável que procura em tudo imitar o casamento, também tem como característica a fidelidade dos conviventes, todavia o seu sentido é mais abrangente, significando além da fidelidade recíproca, o respeito, a deferência, a estima, a amizade, o afeto. Essa característica é que dá seriedade e valoração ética à união estável.⁹

Relativamente a afirmação feita pelo jurista mencionado acima de que a união estável procura em tudo imitar o casamento, algumas considerações devem ser feitas. Efetivamente, uma característica marcante da união estável é a sua semelhança com o casamento, uma vez que os companheiros estão na posse do estado de casados. Aliás, esta é uma marca

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 460.

⁸ Ibidem, p. 214-215.

⁹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. Alimentos e Sucessão no Casamento e na União Estável. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 111.

histórica das uniões livres, que, no decorrer da história, sempre se notabilizaram pela aparência de matrimônio.

Por outro lado, a disciplina legislativa da união estável – chamada de concubinato antes do advento da Constituição Federal de 1988 – é no sentido de conferir os mesmos direitos conferidos àqueles que contraíram matrimônio. Assim, por exemplo, a Carta Magna atribuiu ao companheirismo o status de entidade familiar. O Código Civil deu direito a alimentos, meação, sucessão, bem como permitiu aos companheiros a escolha do regime de bens aplicável às suas relações patrimoniais.

Também houve o estabelecimento de deveres entre os companheiros muito semelhantes àqueles que devem ser observados entre os cônjuges nas suas relações pessoais, conforme se percebe da confrontação dos artigos 1.566 e 1.724, ambos do Código Civil.

Diante destas semelhanças apontadas entre os dois institutos, não subsistem motivos para se exigir a fidelidade somente em um deles. Mormente porque, conforme explicitado no tópico anterior, a palavra lealdade, em sentido corrente, é sinônimo de fidelidade, estando uma associada à outra.

A decana Maria Helena Diniz, em seu livro curso, ao tratar sobre o companheirismo, estabelece como dever recíproco dos companheiros a “fidelidade ou lealdade entre os amantes”. Logo, conforme se percebe do subtítulo, para a autora, ambos os deveres tem o mesmo significado:

Não havendo fidelidade, nem relação monogâmica, o relacionamento passará à condição de “amizade colorida”, sem o status de união estável. Todavia é preciso esclarecer que tal dever de fidelidade visa tão somente valorizar a união estável, podendo os conviventes rompê-la, livremente, sem sofrer, em regra, qualquer sanção. Mas a quebra da lealdade pode implicar injúria grave, motivando a separação dos conviventes, gerando em atenção à boa-fé de um deles indenização por dano moral (RT, 437:157) e os efeitos jurídicos da sociedade de fato.¹⁰
(GRIFOS NOSSOS)

Rolf Madaleno defende que a escolha do legislador pela expressão lealdade, para a união estável, e fidelidade, para o casamento, não trazem conseqüências de ordem pragmática. Trata-se, tão somente de questão terminológica. Ambas sinalizam o propósito monogâmico das relações afetivas no mundo ocidental:

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 24ª ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 387-389.

A fidelidade figura seguramente entre os deveres inerentes ao casamento e à união estável. **Embora haja apenas distinção terminológica para o propósito monogâmico das relações afetivas no mundo do ocidente, a expressão “fidelidade” é utilizada para identificar os deveres do casamento; e “lealdade” tem sido a palavra utilizada para as relações de união estável, embora seja incontroverso o seu sentido único de ressaltar um comportamento moral e fático dos amantes casados ou conviventes, que têm o dever de preservar a exclusividade das suas relações como casal.**

Induvidosamente, a mais grave das violações dos deveres do casamento passa pela infidelidade, pois respeita séria injúria e grave ameaça à vida nupcial, ferindo de morte a alma e o sentimento que dão suporte à relação do casal [...] ¹¹
(GRIFOS NOSSOS)

Aliás, a relação apresentada pelo jurista entre lealdade e a monogamia é importantíssima, uma vez que, admitir que a lealdade não implica, necessariamente, em abster-se de se relacionar sexualmente com terceira pessoa é dar um duro golpe no princípio da monogamia.

O companheiro que mantém relações sexuais com terceira pessoa, constituindo relacionamento com a aparência de união estável, não está afrontando uma simples regra, mas sim um princípio – norma estruturante do ordenamento jurídico, da qual decorrem várias outras. Pela seriedade representada por esta lesão é que se deve, ainda com mais rigor, repudiar o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, emprestando a elas efeitos típicos de uma entidade familiar.

Por outro lado, como bem lembrado pelo autor referido, e já dito em outras passagens deste trabalho, a monogamia é uma característica das relações afetivas no mundo ocidental. Faz parte da cultura do ocidente. E o Direito, como sabido, não pode estar alheio a este fato. Isto porque, ele espelha a particular maneira de ser de uma sociedade, é o seu reflexo, não podendo dela se desvencilhar. Logo, também pelo aspecto cultural, deve-se entender que a lealdade traz dentro de si a fidelidade, isto é, a exclusividade de relação.

Rodrigo da Cunha Pereira Apud Laura Ponzoni também entende que “fidelidade é uma espécie do gênero lealdade. Impõe-se como dever dos

¹¹ MADALENO, Rolf. A União Ins(Estável): Relações Paralelas. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Rolf_uniaoestavel.doc. Acesso em: 07 nov. 2010.

companheiros em atendimento ao princípio jurídico da monogamia, que, por sua vez, funciona como um ponto chave das conexões morais”¹².

Contudo, o mérito do autor foi apontar, de forma clara, as razões que levaram o legislador a usar a expressão lealdade para referir-se ao caráter monogâmico que deve envolver a união estável. O jurista aponta a seguinte conclusão:

A razão de se adotar lealdade, ao invés de fidelidade, é o intuito do legislador de acatar uma postura mais ampla e mais aberta, posto que não se restringe à questão sexual, mas abrange a exigência de honestidade mútua dos companheiros.¹³

Realmente, o conteúdo jurídico da fidelidade está intimamente relacionado com a questão sexual. Tanto é assim que este dever é definido tradicionalmente como a abstenção de relacionar-se sexualmente outra pessoa. Já o conteúdo jurídico da lealdade envolve respeito, consideração, ou, como bem definiu o autor, honestidade mútua entre os cônjuges.

Na mesma toada das opiniões doutrinárias trazidas até então, tem decidido o STJ, ao negar o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. A título de exemplo, pode-se citar o trecho da ementa colacionada abaixo, retirada de decisão recente, publicada em junho do corrente ano:

- O dever de lealdade “implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural” (Velo, Zeno apud Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em abril de 2010).

- Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.¹⁴
(GRIFOS NOSSOS)

O Recurso Especial 1107192 e o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1130816 apresentam fundamentos semelhantes a estes.

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha Apud PONZONI, Laura de Toledo. Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em: 07 nov. 2010.

¹³ Ibidem.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1157273 / RN. Rel. Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. DJe: 07 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 07 nov. 2010.

O Superior Tribunal de Justiça, na decisão destacada acima, reafirma o caráter monogâmico da sociedade ocidental, bem como considera a fidelidade como integrante do conceito de lealdade. Tudo na forma do quanto exposto até então.

Entretanto, Maria Berenice Dias entende que a lealdade não compreende a fidelidade. A jurista se manifesta da seguinte forma:

Não se atina o motivo de ter o legislador substituído **fidelidade** por **lealdade**. Como na união estável é imposto tão-só o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel, assim como não há o dever da vida em comum sob o mesmo teto. Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de **vínculos paralelos**. Se os companheiros não têm o dever de serem fiéis nem de viverem juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas.¹⁵
(GRIFOS DO AUTOR)

Logo, para a supracitada doutrinadora gaúcha, é possível ser leal sem ser fiel, uma vez que não há ponto de intersecção ou mesmo identidade entre tais conceitos. O seu posicionamento afasta o caráter monogâmico da união estável, possibilitando o reconhecimento de uniões estáveis paralelas ou simultâneas, diferentemente do que entendem outros autores mencionados.

A jurista fundamenta o seu entendimento unicamente numa interpretação literal, isto é, na suposta diferença entre fidelidade e lealdade. Porém, conforme demonstrado no tópico anterior, ambas as palavras são correntemente apresentadas como sinônimas. Ademais, qualquer interpretação isolada, dissociada do princípio da monogamia e do ordenamento jurídico em geral, levando em consideração tão somente a literalidade das palavras é deficiente.

Maria Berenice Dias também aponta como evidência da ausência de simetria entre união estável e casamento, relativamente ao dever de fidelidade do cônjuge e lealdade do companheiro, a ausência da presunção *pater est no companheirismo*¹⁶.

No entanto, mais razoável é aceitar, diante das reflexões trazidas acerca do significado de lealdade e do princípio da monogamia, que a ausência da presunção *pater est na* união estável foi uma omissão do legislador. Este dedicou apenas os arts. 1.723 a 1.727 do CC-02 e outros dispositivos esparsos

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

¹⁶ Ibidem, p. 165.

para tratar de uma entidade familiar com tantas nuances. Não se pode olvidar que a regulamentação do companheirismo foi acrescentada tardiamente ao projeto do Código Civil vigente. Tanto é assim que o título “Da união Estável” é um dos últimos do livro de Direito de Família.

Paulo Lôbo apresenta entendimento semelhante ao sufragado por Maria Berenice Dias. Para este autor, o conceito de lealdade não compreende o de fidelidade em razão da liberdade de constituição e dissolução de união estável. Ele apresenta a seguinte opinião:

Entre si os companheiros assumem os direitos e respectivos deveres de lealdade, respeito e assistência. O Código Civil acrescentou para os cônjuges, além desses deveres, os de fidelidade recíproca e de vida em comum, no domicílio conjugal (art. 1.566), que não são exigíveis dos companheiros, em virtude das peculiaridades da união estável, matrizada na liberdade de constituição e de dissolução. Os deveres de lealdade e respeito configuram obrigações naturais, pois são juridicamente inexigíveis, além de não consistirem em causas da dissolução.¹⁷

Consoante demonstrado no início deste tópico, a fidelidade é exigida na união estável pelas seguintes razões: 1 – em sentido comum, a palavra lealdade é sinônima de fidelidade; 2 – o dever de lealdade é mais amplo, podendo ser entendido como a exigência de “honestidade mútua entre os companheiros”, no dizer de Rodrigo da Cunha Pereira; 3 – a exclusividade de relacionamento decorre do princípio da monogamia; 4 – o dever de lealdade em conjunto com o dever de respeito, impõe a fidelidade.

Portanto, em suma, diante de todo o exposto, pode-se afirmar que também no companheirismo é exigida a exclusividade de vínculo afetivo. As conclusões tiradas acerca do alcance do dever de lealdade sinalizam para a afirmação da monogamia. Esta está intimamente relacionada com o dever jurídico estudado neste capítulo.

Porém, não se pode fechar os olhos para parte da doutrina que questiona a força do princípio da monogamia nos dias atuais. Em geral, eles consideram a sua existência na sociedade contemporânea fruto de moralismo e preconceito da sociedade, taxando os seus defensores de retrógrados, conservadores. Estas questões serão melhor analisadas nos tópicos seguintes, ante a íntima relação delas com o conteúdo jurídico da lealdade.

¹⁷ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.

4. ANÁLISE DO CARÁTER MONOGÂMICO DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO ESTRANGEIRO

No tópico em que foi abordado o conteúdo jurídico da lealdade, restou consignado que tal dever abrange o de fidelidade e, por conseguinte, houve a reafirmação da monogamia.

Assim, uma vez que a lealdade sinaliza o propósito monogâmico das relações afetivas no mundo ocidental, aqui será analisada de que forma a monogamia está presente na disciplina da união estável nas legislações estrangeiras.

Na Espanha, cada região autônoma estabelece as condições para a inscrição da união estável, conhecidas como *unión de hecho* ou *pareja de hecho*¹⁸. Não seria razoável estudar a legislação de todas as regiões autônomas deste Estado, razão pela qual se escolhe, exemplificativamente, as comunidades de Madri e Andaluzia.

Em Madri, a Lei 11/2001 estabelece as seguintes condições pessoais para a constituição de uma união estável:

Artículo 2. Requisitos personales.

1. No pueden constituir una unión de hecho de acuerdo con la normativa de la presente Ley:

1. *Los menores de edad no emancipados y las personas afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica que no les permita prestar su consentimiento a la unión válidamente.*

2. Las personas ligadas por el vínculo del matrimonio no separadas judicialmente.

3. Las personas que forman una unión estable con otra persona.

4. *Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.*

5. *Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.*

2. *No podrá pactarse la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterse a condición.*¹⁹

(GRIFOS NOSSOS)

Os trechos destacados acima permitem concluir pela exigibilidade da fidelidade também nas uniões estáveis, já que não é possível a sua

¹⁸ WIKIPÉDIA. A Enciclopédia Livre. Disponível em: http://es.wikipedia.org/wiki/Pareja_de_hecho. Acesso em: 20 out. 2010.

¹⁹ MADRID. Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. Disponível em: <http://www.asambleamadrid.es>. Acesso em: 20 out. 2010.

constituição se um dos companheiros for casado ou já houver formado outra união estável. Ademais, faz-se mister registrar que a igualdade de sexos não impede o reconhecimento do companheirismo naquela região autônoma.

Em Andaluzia, a Lei 5/2002 também apresenta dispositivo proibindo a constituição de uniões estáveis, caso um dos conviventes seja casado ou haja constituído união estável anterior:

Artículo 3. Definición.

1. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por pareja de hecho la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

2. No podrán formar parejas de hecho, a los efectos de esta Ley:

1. Los menores de edad no emancipados.
 2. **Los que estén ligados con vínculo matrimonial o pareja de hecho anterior inscrita.**
 3. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
 4. Los colaterales por consanguinidad en segundo grado.²⁰
- (GRIFOS NOSSOS)

Também na legislação da comunidade de Andaluzia é possível o reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, consoante se depreende do item 01 do artigo mencionado acima.

Importante também é observar que a constituição do Equador, promulgada em 2008, isto é, recentíssima, exige o carácter monogâmico da união estável para que ela possa gerar efeitos típicos de uma entidade familiar. É o que se conclui dos artigos 67 e 68, que a carta magna equatoriana dedicou para tratar da família, *in verbis*:

Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se

²⁰ ANDALUCÍA. Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho. Disponível em: <http://www.parlamentodeandalucia.es>. Acesso em: 20 out. 2010.

fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.²¹
(GRIFOS NOSSOS)

A constituição equatoriana também alberga as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Os dois diplomas legais citados acima, bem como a constituição do Equador, foram elaborados na presente década. Assim, pode-se afirmar que são normas recentes, que refletem o atual estado de coisas. Avançaram, relativamente ao ordenamento jurídico pátrio, ao admitirem o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, ainda assim, não abandonaram a exclusividade de relacionamento como requisito para configuração da união estável, estando tal pressuposto inserido no dever de lealdade – em relação ao direito brasileiro.

Assim, a partir das conclusões trazidas acima, pode-se perceber que a exclusividade de vínculos afetivos criadores de entidades familiares não é uma característica do Direito Brasileiro. A monogamia está presente em outros países do mundo ocidental, constituindo-se num paradigma ainda vigente na sociedade contemporânea, mormente diante do disposto nas recentes normas apontadas acima.

Logo, não merecem prosperar as declarações feitas por Juliana Gomes de Carvalho²² em artigo publicado no IBDFAM, ao criticar o princípio da monogamia, considerando-o como uma norma / conceito que remonta ao início do século passado. A monogamia ainda está presente no ocidente, como restou evidenciado da análise das legislações de países que, embora pertencente a realidades sócio-econômicas distintas – um é europeu e o outro latino-americano –, exigem a unicidade de vínculo.

²¹ ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador. Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 20 out. 2010.

²² CARVALHO, Juliana Gomes de. Sociedade de Afeto. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=367>. Acesso: 01 nov. 2010.

Por outro lado, não se deve olvidar que o Código Civil vigente é relativamente recente, uma vez que foi aprovado em 2002, vigorando desde 2003. Assim, fosse a monogamia uma norma ultrapassada, não mais condizente com a sociedade atual, o legislador teria permitido a formação de entidades familiares paralelas / simultâneas.

5. BREVES REFLEXÕES SOBRE A LEALDADE E A MORALIDADE

Embora não haja coincidência entre o Direito e a moral, esta não é estranha àquele. Miguel Reale bem exprime esta relação ao afirmar que direito e moral podem ser representados por dois círculos secantes²³. Ou seja, há normas que são morais e jurídicas ao mesmo tempo.

Como exemplo da presença da moralidade no direito brasileiro, pode-se citar a invalidade de negócios jurídicos nos quais se estabelecem condições que vão de encontro à moral, conforme preceitua o art. 122 do Código Civil de 2002.

A moralidade também é um dos princípios que regem a administração pública, estando prevista no art. 37, caput da Constituição Federal. Um ato administrativo pode ser anulado por ser considerado imoral, ainda que não seja ilegal.

Qual a razão de ser destas relações entre Direito e moral? Esta pergunta pode ser respondida através do brocardo latino *ubi societas, ubi jus*. O direito existe em função da sociedade, logo é natural que ele espelhe os valores inerentes a determinado grupo social, sob pena de perder a sua legitimidade. É por este motivo que a lealdade deve ser entendida como sinalizadora do propósito monogâmico das relações afetivas no mundo ocidental: esta é a definição mais conforme com os valores morais desta comunidade.

Faz-se mister registrar que os desvios da moral, consubstanciados no moralismo, devem ser evitados. Um exemplo do seu efeito

²³ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.43.

nefasto é o não reconhecimento da união homoafetiva. Com efeito, o maior óbice para o reconhecimento do companheirismo entre pessoas do mesmo sexo é o preconceito da sociedade, já que a atribuição de efeitos típicos de uma entidade familiar a esses relacionamentos não afeta direitos de outras pessoas, nem traz prejuízo algum para a sociedade em geral. Em verdade, as pessoas se sentem incomodadas com qualquer comportamento que foge a um padrão, a exemplo do homossexualismo.

Porém, não se pode dizer que o não reconhecimento de uniões estáveis simultâneas é fruto do moralismo. Isto porque, a prática de relações sexuais com outras pessoas, que não o companheiro ou companheira, representa uma violação ao dever de respeito mútuo. Assim, o reconhecimento de uniões estáveis paralelas gera um prejuízo de ordem imaterial ao companheiro traído.

Por outro lado, o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, além de cancelar um ilícito civil – desrespeito ao dever de respeito – implicaria na diminuição dos direitos do companheiro ou companheira traído, que teria de dividir, exemplificativamente, pensão por morte e patrimônio com o cúmplice do traidor. Logo, haveria um prejuízo de ordem material para um dos conviventes.

As reflexões feitas acima são importantes para esclarecerem os limites entre o moralismo e a moralidade, na medida em que o primeiro está assentado no preconceito puro e simples, enquanto o segundo é o reflexo de valores inerentes a sociedade, vez que são criados por ela.

6. REPERCUSSÃO DO CONTEÚDO DA LEALDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Por todos os motivos expostos acima, chegou-se a conclusão de que o dever de lealdade é mais amplo, significando a exigência de honestidade mútua e respeito entre os companheiros, razão pela qual também implica no dever de fidelidade. Assim, cumpre estabelecer as conseqüências jurídicas desta constatação.

A primeira, obviamente, é a proibição dos companheiros relacionarem-se sexualmente com outras pessoas. Trata-se de um dever ser, já que não é possível exigí-lo judicialmente. Contudo, o seu descumprimento pode ensejar dano moral, caso resulte da traição a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis ou ela tenha sido pública, vexatória. Aqui são válidas as observações feitas acerca do descumprimento do dever de fidelidade no capítulo anterior.

Os vínculos paralelos, constituídos na vigência de uma união estável, ainda que públicos, contínuos e duradouros não poderão ser classificados como companheirismo, sob pena de violação ao dever de lealdade. Ou seja, as famílias simultâneas não constituem entidade familiar, estando resguardados, porém, os direitos dos filhos resultantes destes relacionamentos, uma vez que a CF/88 – art. 227, § 6º – proíbe qualquer discriminação.

Por conseguinte, diante das conseqüências apontadas acima, em caso de dissolução do concubinato adulterino, não haverá direito a alimentos para o cúmplice do companheiro ou companheira traidor (a). Como este não tem o status de companheiro, também não tem legitimidade para ajuizar ação de alimentos.

Em relação aos bens adquiridos na constância do concubinato adulterino, estes pertencerão à companheira, em virtude da presunção de contribuição da mesma para a aquisição do patrimônio adquirido onerosamente durante o companheirismo. Contudo, caso haja participação direta da concubina, aplicar-se-á a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, a questão será resolvida à luz do direito das obrigações, havendo o reconhecimento de uma sociedade de fato entre eles, de modo a evitar o enriquecimento ilícito.

A concubina também não terá direito à pensão por morte do segurado falecido, uma vez que ela não tem o *status* de companheira, considerada pela lei 8.213 em seu art. 16, como beneficiária do Regime Geral da Previdência Social na condição de dependente. Dado o caráter monogâmico

que deverá apresentar a união estável, não há que se falar em rateio, de modo a dividir o benefício previdenciário entre as várias integrantes dos relacionamentos paralelos.

Pelos mesmos fundamentos apontados acima também se deve negar legitimidade à concubina para suceder na forma do quanto exposto no art. 1.790 do Código Civil de 2002. Falta-lhe legitimidade.

Por fim, cumpre fazer uma observação relativamente às uniões estáveis putativas. Estas ocorrem quando um dos companheiros desconhece que o outro havia constituído uma união estável anterior. Esta situação geralmente ocorre quando o convivente tem de se ausentar do lar por período razoável, em razão de seus afazeres profissionais. Nesta situação, em razão da boa-fé do outro companheiro, seria descabido não atribuir efeitos típicos de uma entidade familiar a este relacionamento, desde que nele estejam previstos os demais requisitos de uma união estável. Pode-se chegar a esta mesma conclusão fazendo uma analogia ao casamento putativo²⁴.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 6ª ed. Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 566-567.

REFERÊNCIAS

AMORA, Antônio Soares. **Minidicionário Soares Amora da Língua Portuguesa**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANDALUCÍA. **Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho**. Disponível em: <http://www.parlamentodeandalucia.es>. Acesso em: 20 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp n. 1157273 / RN**. Rel. Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. DJe: 07 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 07 nov. 2010.

BUENO, Silveira. **Silveira Bueno: Minidicionário da Língua Portuguesa**. Ed. rev. e atual. São Paulo: FTD, 2000.

CARVALHO, Juliana Gomes de. **Sociedade de Afeto**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=367>. Acesso: 01 nov. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 24ª ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2010.

ECUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 20 out. 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6ª ed. Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **A União Ins(Estável): Relações Paralelas**. Disponível em: www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigosc/Rolf_uniaoestavel.doc. Acesso em: 07 nov. 2010.

MADRID. **Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid**. Disponível em: <http://www.asambleamadrid.es>. Acesso em: 20 out. 2010.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e Sucessão no Casamento e na União Estável**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Apud PONZONI, Laura de Toledo. **Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em: 07 nov. 2010

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

WIKIPÉDIA. **A Enciclopédia Livre**. Disponível em: http://es.wikipedia.org/wiki/Pareja_de_hecho. Acesso em: 20 out. 2010.