

O DIREITO PENAL: REFLEXOS NA UNIÃO ESTÁVEL

Antônio Carlos Mathias Coltro*

A evolução do concubinato

Comenta Gustavo Tepedino¹ ser possível distinguir-se três períodos na doutrina e jurisprudência, quanto à evolução do reconhecimento de direitos derivados da relação concubinária, sendo que o primeiro pode ser tido como adequadamente definido em precedente do Supremo Tribunal Federal, onde o voto do Min. Hahnemman Guimarães colocou-o na seguinte moldura: *"A ordem jurídica ignora avisadamente, a existência do concubinato, da união livre; não lhe atribui conseqüências (rectius típicas de direito de família). São situações que não têm relevância jurídica, mas isto não impediria que se pagassem, que se entendessem devidos à concubina honorários pela prestação de serviços"* (Rec.Extr. nº 71.82/47) ou, acrescenta-se, à existência de sociedade de fato entre os companheiros, hábil a ser dissolvida e partilhados os bens entre os mesmos claramente evidenciada, assim, a simples adoção do modelo orientador do C.Civil de 1916, ponderando a doutrina a tanto contemporânea ficarem os motivos adotados *"...por conta da névoa de hipocrisia que envolve ainda a aceitação de efeitos jurídicos provocados pela família de fato"*².

Na fase seguinte, aponta o douto Prof. Titular de Direito Civil da UERJ ingressar-se na consideração, pelo legislador, a situações afastadas do adultério e nas quais se passa a reconhecer-se direitos nitidamente assistenciais e envolvidos com o próprio Direito de Família (*por evidente serem eles conseqüentes do afeto ou amor, os quais também produzem feitos jurídicos*), podendo ser citados, por exemplo, o benefício decorrente de relação locatícia celebrada pelo companheiro (*Afirmando-se, inclusive, p. ex., embora discutida a matéria e no âmbito do D.L. 9.669/46, não distinguir ele, na expressão "cônjuge sobrevivente", a união legítima da ilegítima, como ilustrado por Moura Bittencourt, em seu Concubinato, LEUD, 1980, p. 175, até que se chegasse à L. 4.494/64, com previsão, em seu art.*

* Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Professor de Direito Civil na Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

¹ *Temas de Direito Civil*, Renovar, s/data, p. 327, n. 2.

² Orlando Gomes, *O Novo Direito de Família*, Sérgio Antonio Fabris Ed., p. 69.

9º a alcançar, sem dúvida, também a companheira e objeto de expressa proteção, hoje, no art. 11, inciso I, da L. 8.245/91); benefício previdenciário e, acrescenta-se aqui, a proteção pertinente a acidentes de trabalho (Cf. o D.L. 7.036/44, art. 21, embora a jurisprudência, frente à L. 3.274/19 e Dec. 24.637/34 inclua a companheira entre aqueles dependentes da vítima, quanto à própria subsistência).

Já o terceiro período é aquele iniciado a partir da CF de 1988, com a inovação trazida em seu art. 226, § 3º e a modificação do perfil legal da família, como consequência da necessidade de afastar-se o preconceito a respeito de situações apresentadas pela vida e no tocante às quais, muitas vezes, a inaceitação moral decorria muito mais da ausência de previsão legislativa a respeito e em ser mais cômodo afastar o debate a respeito da possibilidade de reconhecer-se que o mundo mudou, muda e continuará mudando e que a família - e isto não é de hoje -, há de ser entendida como conceito plural, apreendido pela Constituição “...por seu aspecto social (família sociológica). E, do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família”³ e que leva em consideração o *sentimento*, como razão habilitadora à produção de efeitos jurídicos, no conteúdo das relações pessoais pertinentes e que entrosam-se, mais que em interesses patrimoniais, naqueles relativos à procura da igualdade.

Assim e se no casamento surge a vontade dos envolvidos em estabelecer uma relação que, além do afeto, amor e bem querer, há de ser enlaçada por um vínculo que se estabelece segundo o que a lei a respeito dispõe para sua existência, na união de fato optam seus integrantes por ter como moldura apenas o *sentimento* que os conduz à união de vidas, que é informalmente adotada, ao contrário daquele outro modelo.

Essa escolha, fundada no sentimento que nutrem os nela envolvidos, um pelo outro e que “...não é um dever”, na advertência de Luiz Edson Fachin⁴, deveria ter sido há muito reconhecida pela legislação, como já fôra feito pelos Tribunais, de sorte a admiti-la como válida e apta a produzir consequências para aqueles que por ela optaram, sem que nunca se tenha pretendido, com isto, igualar a situação ao casamento, inclusive porquanto e se assim fosse, não seria necessário à disposição constitucional em referência determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, mesmo porque, este último, “como ato jurídico, pressupõe uma profunda e prévia reflexão de quem o contrai, daí decorrendo imediatamente uma série de efeitos que lhe são próprios - data a certeza e a segurança que oferecem os atos solenes. Já a união estável, ao contrário, formada pela sucessão de eventos naturais que caracterizam uma relação de fato, tem outros elementos constitutivos, identificáveis ao logo do tempo, na medida em que se consolida a vida comum”⁵, sendo tal união alcançada pelos efeitos jurídicos

³ Francisco José Ferreira Muniz, *Textos de Direito Civil*, Juruá Ed., 1998, p. 89.

⁴ Da Paternidade: Relação biológica e afetiva, Del Rey Ed., 1996, p. 98.

⁵ Gustavo Tepedino, *Temas...*, cit., p. 339.

inerentes à *família*, que passa a ser o alvo constitucional, decorra ela do matrimônio, da união de fato ou tenha caráter monoparental.

Nem poderia ser diferente, já que a família, como fato natural, antecedeu ao casamento, criação humana e importa, sim, à sua formulação, o afeto ou afeição que liga aqueles que deliberam torná-la realidade, indicando, com a maneira como passam a agir um relativamente ao outro perante a comunidade, o intuito de integrar-se e dar causa à entidade familiar estável e apta à produção de efeitos jurídicos.

1988: A inovação e o resultado

Editada a Carta de 1988, desde logo surge vivo debate sobre a exata interpretação de seu art. 226, § 3º, afirmando alguns haver-se equiparado a união estável ao casamento, enquanto outros afirmavam o absurdo da afirmação, uma vez que a proteção constitucional às uniões fora do casamento é vista *“não mais em termos de exclusividade ou de concorrência, mas em termos de compatibilidade”*, na lição de Lorenzo Campagna, invocado por Francisco José Ferreira Muniz ⁶, sendo que aqui também já advertira Orlando Gomes, em época anterior: *“Tamanha é a sua semelhança com a família legal que, entre outras denominações, a que melhor assenta é sem dúvida família de fato, assim entendido aquele grupo familiar estável no qual a mulher assume a condição de companheira”* ⁷.

Efetiva-se, dessa forma, aquilo que Orlando Gomes apontara como *tendência* à imposição de efeitos jurídicos à família constituída fora da moldura estabelecida para o casamento, assemelhando uma ao outro, *“no entendimento de que as relações sexuais estáveis e a convivência afetiva que sustentam devem criar deveres mútuos e responsabilidades graves, seja qual for a forma por que se mantenham”*.

Se anteriormente a 1988 o assunto “concubinato” causava debate crítico na sociedade, de maneira a obrigar estudiosos e o Judiciário a ponderar, sopesar e trabalhar conceitos jurídicos que pudessem ser aplicados às questões derivadas da união de fato e pudesse parecer, a partir da nova Constituição Federal, que nada mais seria preciso indagar quanto ao tema, em função do quanto estabelecido no art. 226, § 3º da nova Carta Fundamental, desde logo foi possível perceber conclusão exatamente oposta.

A partir da discussão a respeito da própria auto aplicabilidade do dispositivo e das conseqüências decorrentes da ilação positiva, verificou-se que, para muitos, o que seria uma solução se apresentava, na verdade, como um problema.

⁶ *Textos...*, cit., ps. 98/99.

⁷ *O Novo Direito...*, cit., p. 67.

Afirmar-se como *família* a *união estável entre homem e mulher*, evidentemente e para algumas pessoas, - por convicção pessoal ou princípios de ordem religiosa ou moral -, tornava-se assunto de difícil assimilação **, como acentuado por Sérgio Gishkow Pereira, "*condicionados que estamos por séculos de cultivo da irrealidade e da hipocrisia neste ramo do direito e por categorias diversas de pensamentos. É o poder da tradição, acentuado magistralmente por Gadamer, mas que há sofrer o impacto, conforme Habermas, da análise da ideologia e da psicanálise (Jürgen Habermas, Dialética de Hermenêutica, LPM Ed., 1987)*" ⁸, advertindo Semy Glanz: "*...como sabemos, as novidades jurídicas são lentamente assimiladas e, em geral, não são aceitas com facilidade. As pessoas recebem uma carga cultural e emocional pela educação e não conseguem aceitar os novos tempos*" ⁹.

Todavia não poderia o Constituinte deixar de, - no limite admitido pelo debate -, inovar naquilo que possível fosse e tentar trazer para a atualidade, em reconhecimento a ela própria e ao que a sociedade, ainda que parcialmente, esperava, nova visão de conceitos a respeito dos quais, muitas vezes, mais do que qualquer coisa, emergia o preconceito. E sem qualquer dúvida, o concubinato era um desses temas, cuidando-se "*...de capítulo à parte do direito de família, pois desde o Código Civil de 1917, que dedicou verdadeira aversão à concubina, uma enormidade de pessoas viveu à margem da lei, com famílias constituídas fora dos laços do matrimônio*", sem que parcela da sociedade guardasse, em relação às uniões assim formadas, "*...certa contemplação e tolerância*", até sua consolidação conforme a lei ou sua santificação perante Deus, segundo a sábia referência do Juiz Deocleciano Rodrigues Seixas, em 1924 ¹⁰.

Tratado na jurisprudência e doutrina - com raras ressalvas -, até então, como assunto acerca do qual eventuais efeitos jurídicos deveriam ser buscados junto ao Direito obrigacional, a muitos pareceu imoral pretender-se conceituar como *família* a relação que não se originasse do casamento, como se pudesse ele, por si só, arredar a irregularidade a inúmeras uniões que, embora cobertas pelo manto legal, nada tivessem de estáveis ou morais.

Para esses, *família* teria conceito singular, sem possibilidade de extensão a situações outras que não a do casamento segundo o Código Civil, ocorrendo, como se percebe, importante ponto de *inflexão* * no tocante ao Direito da Família,

** Conforme advertido, aliás, por Gustavo Tepedino, na obra *Temas de Direito Civil*, Renovar Ed., s/data, p. 335 e que cabe também nesta oportunidade, "Não se poderia nesta sede reproduzir os inúmeros argumentos que, mercê de impressionante criatividade e de forte carga ideológica, foram adotados para explicar os aludidos preceitos constitucionais, as mais das vezes para subtrair-lhes conteúdo normativo".

⁸ *Revista dos Tribunais*, 639/247-253.

⁹ O Direito de Família na década de 1990: Novos Aspectos, 1992, ps. 197-198.

¹⁰ *Revista dos Tribunais*, vol. 50/513.

* Pontos de inflexão, conforme Domingos dos Santos Bitencourt, "são as grandes mudanças verificadas em determinadas áreas da atividade humana e que determinam novo rumo, importando,

havendo-se "...rompido o que tradicionalmente se instalara em matéria de família, desde o início da era republicana. A despeito de ratificada, expressamente, como base da sociedade, e de gozar da especial proteção do Estado, a família não mais se vincula, com exclusividade, ao casamento", conforme Heloísa Helena Barboza.¹¹, pois, "A constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E, do ponto de vista sociológico, não existe um conceito unitário de família"¹².

Por outro lado, discutia-se acerca da própria possibilidade ou não de imediata aplicação do dispositivo e da necessidade de sua regulamentação, com vistas a aferir-se seu exato espectro e se os efeitos e direitos concernentes à união de fato seriam os próprios previstos quanto ao direito de família.

A primeira questão, pese o fundamento que se possa emprestar à conclusão positiva, acerca da equiparação entre casamento e união de fato, era desde logo resolvida pela ressalva final constante no mencionado § 3º, sobre dever a legislação facilitar a conversão da segunda no primeiro, a indicar, sem maior debate, respeitada a posição diversa, não serem os dois institutos a mesma coisa, pois se fossem não haveria porque converter-se um em outro.

O segundo aspecto é que a muitos impressionou, perdeu razão de ser frente a atitude positiva dos Tribunais, interpretando a norma constitucional de que se trata como sendo de imediata aplicação às situações trazidas à juízo, tratando-se de disposição de *eficácia contida*, sem impedir sua incidência imediata, acabando-se por editar a Lei nº 8.971/96, seguida da de nº 9.278/96, objetivando ambas regulamentar a *união estável*, em aspectos atinentes a seu próprio conceito, dever alimentar, direito sucessório, rescisão da união de fato, conversão da mesma em casamento, natureza da matéria a ela correspondente, comunhão dos aqüestos, competência de juízo para exame das questões decorrentes dessa união etc. e que acabaram por criar ainda mais problemas quanto à interpretação da norma constitucional e desses próprios diplomas, inclusive quanto ao que se deveria e se se deveria considerar em vigor ambos, naquilo que não afrontassem um o outro¹³, culminando por designar-se Comissão de alto nível para a elaboração de anteprojeto de outra Lei a respeito do assunto e que resultou no Projeto nº 2.686.

De qualquer forma e mesmo tendo havido preocupação em legislar-se a respeito das características, limites e conseqüências da união estável, isto só ocorreu no âmbito das relações de direito civil, sem qualquer enfoque de ordem

quase sempre, uma verdadeira guinada na história" (Informativo da *Ajuris*, colhido via Internet, em que estão artigos publicados na *Gazeta Mercantil*).

¹¹ *Apud* Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *O Companheirismo - Uma espécie de família*, RT, 1998, p. 45. Extraído de artigo sob o título Família - casamento - união estável: conceitos e efeitos à luz da Constituição de 1988, pub. na Revista da Faculdade de Direito da UERJ, 1/123-137, RJ, 1993.

¹² Textos..., cit., p. 89.

¹³ Confira-se, a respeito, o amplo comentário de Tepedino, nos *Temas...*, cit., A Disciplina..., ref.

penal¹³, sendo este o fim pretendido neste trabalho, ainda que sem a profundidade requerida¹⁴, mas como tentativa de exame a respeito da importância do assunto, especialmente quando se tem notícia de que o tema não é estranho à jurisprudência dos Tribunais que, ainda de forma restrita, talvez até por não ser ele suscitado com maior vigor ou frequência, não têm-no visto mais presente nos casos em que se poderia revolver com curiosidade maior as ondas de crescimento do Direito, na tarefa de interpretação criativa que se confere aos órgãos do Judiciário, como laboratórios da evolução jurídica e da própria sociedade, pois, “...o juiz interpreta a consciência social e lhe dá efeito jurídico, mas, ao fazê-lo, auxilia a formação e modificação da consciência que interpreta. A descoberta e a criação reagem uma sobre a outra”¹⁵.

A perspectiva do Direito Penal

Em seu profundo e ainda inédito trabalho sobre a *Família Informal no Direito Penal*, ressalta o Juiz Federal e Professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que, “Nos últimos tempos, surgiu o processo de constitucionalização dos bens jurídico-penais, diante da limitação constitucional na formulação da tipologia criminal: “É nas Constituições que o direito penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções; e, o penalista assim deve orientar-se já que nas Constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal”¹⁶, acentuando o Prof. Frederico Marques, ainda, comentando sobre as relações do Direito Penal com a Constituição: “O legislador ordinário, quando revela pela fonte formal da lei promulgada as normas penais, deve obedecer às limitações que esta fixa e estabelece”.

Assim e justamente por força da importância da família, fixada em norte constitucional, a observar o que a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece¹⁷, além do que o mesmo Ato da Organização das Nações Unidas

¹³ Um indício a mais, do que concluiu o Prof. Pierre Couvart, da Faculdade de Direito de Poitiers, sobre as relações do Direito Penal com a família, em artigo intitulado A Família: parente pobre do direito penal, acerca do qual Eduardo de Oliveira Leite tece significativas considerações, em seus *Temas de Direito de Família*, RT, 1994, p. 15 e ao qual são os interessados remetidos à leitura.

¹⁴ Já alcançada, segundo tem o autor conhecimento, com a magnífica tese apresentada sob o título *A Família Informal no Direito Penal*, em 212 páginas digitadas apenas no anverso e que foi-lhe gentilmente enviada por seu elaborador, o Prof. e Juiz Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama em Especialização Lato Sensu levada a efeito pelo Conselho de Justiça Federal, o Centro de Estudos Judiciários e a Universidade de Brasília, ainda inédita.

¹⁵ *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*, Ajuris, 1978, p. 18, trad. Lêda Boechat Rodrigues.

¹⁶ *A Família Informal no Direito Penal*, tese ref., p. 101.

¹⁷ Art. XVI: “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família...”.

fixou em outro dispositivo", inúmeras disposições de ordem penal traduzem regras entrosadas com a família, buscando coibir e sancionar atos que a afrontem ou a seus integrantes.

Assim, nosso Código Penal, no Título VII, tem dispositivos contendo normas em que se protege o casamento monogâmico (Cap. I), o estado de filiação (Cap. II), a assistência familiar (Cap. III) e o pátrio poder, a tutela e a curatela (Cap. IV), respeitando tudo, como se verifica, à família, porquanto e como escrito por Paulo José da Costa Jr., *"Deverá o legislador, com todos os meios de que dispõe, procurar consolidar, em sua existência física e composição moral, o organismo familiar. Para tanto, deverá servir-se igualmente da sanção punitiva, contra os atentados ao organismo familiar e ao instituto do matrimônio, que constitui o fulcro de uma sociedade bem constituída"*¹⁷.

Além disso e afora incriminar e dispor sanções para os fatos atentatórios à ordem familiar, fixa o Código Penal, também, causas que se constituem em circunstâncias em decorrência das quais e ainda protegendo a família, haverá *aumento de pena* por consideradas como *agravante genérica a qualquer delito* (arts. 61, inciso II, alínea e), além de outras *específicas a determinadas infrações* (arts. 133, § 3º, inciso II e 226, inciso III) ou que levam o crime a ser tido como *qualificado* (art. 148, § 1º, inciso I e 227, § 1º).

Todavia e sob o aspecto das *excusas absolutórias*, que se constituem em *condições negativas de punibilidade*, em função das quais, embora subsistindo a ilicitude do fato, ocorrem causas *pessoais* a excluir a incidência de pena¹⁸ (arts. 181, inciso I, 183, inciso I e 348 § 2º) e que estão associadas, ainda, à proteção da família com o *"...fim de conservar a unidade da família, contra a qual o processo criminal constituiria sério risco, uma vez que, certamente, ampliaria as dissensões entre as pessoas a ela pertencentes..."*, no conceito expresso por Luiz Vicente Cernicchiaro (*O Conceito de Cônjuge no Código Penal Brasileiro, Tese de doutorado, UNB, 1969*)¹⁹.

Ademais e ainda de acordo com dispositivos outros, como os dos arts. 28, inciso I, 65, inciso III, alínea a e 221, o Código Penal dispõe a respeito de circunstâncias em função das quais é excluída ou atenuada a responsabilidade do agente, além de reduzir a pena a ser imposta, conforme os termos de cada uma das referidas normas legais, concernindo os aspectos a tanto conducentes, também, a circunstâncias que podem estar relacionadas com as relações familiares (*emoção, emoção violenta e ato com o fim de casamento*).

¹⁷ Art. XII: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência nem a ataques à sua honra e reputação".

¹⁸ *Comentários ao Código Penal*, Saralva, vol. 3, 1990, p. 168.

¹⁹ A respeito, cf. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, Forense, 1995, p. 218, nº 207.

¹⁹ *Apud* Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A família informal...*, cit., p. 141.

Por fim e de acordo com os arts. 107, inciso VII, do mesmo *codex*, são causas extintoras da punibilidade do agente o “casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III, do Título VI da Parte Especial deste Código”, afora o “casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração”.

No primeiro desses últimos casos, conforme Aníbal Bruno, o agente “...repara a desonra que cometeu, e a continuação do processo ou a execução da sentença condenatória não faria mais que agravar o dano com o seu efeito infamante sobre o casal agora unido em face da lei”²⁰.

Quanto à segunda hipótese, a redação do inciso legal nada mais fez do que findar a controvérsia surgida com a edição da súmula nº 388 do Supremo Tribunal Federal, como escrito pelo Prof. Basileu Garcia²¹ revogada pela Corte e da qual provinha idêntica solução que a adotada na norma invocada, constituindo-se a inércia da vítima, no lapso antes referido, em indicação sobre não pretender ela revolver os fatos que ensejaram a ação penal, desejando, contrariamente, procurar preocupar-se com a vida que inicia ao lado de outra pessoa, na construção de uma família que não quer ver envolvida com o antes ocorrido e que será colocado em passado oculto.

Em perfeita coerência o sistema penal, mesmo que a ela anterior, com o que a Constituição Federal de 1988 veio a dispor tanto em seu art. 5º, inciso III, onde estabelece como um dos fundamentos da República a *dignidade humana*, quanto no já referido art. 226, onde estipula ser a família *base da sociedade*, com especial proteção do Estado.

No entanto e segundo se verifica quando se consulta a redação dos dispositivos penais enunciados, existe apenas alusão ao cônjuge, sem referência a companheiro, cumprindo assim e em consequência da norma constitucional protetiva da união estável, indagar-se sobre a possibilidade de tais disposições serem a ela também aplicadas.

Os reflexos do Direito Penal

Desde logo se deve afirmar não ser cabível a incidência de normas incriminadoras e que se referem ao casamento, por a ele ou a cônjuge mencionarem, no tocante aos que tenham constituído vida em comum meramente de fato. Ressalve-se a norma do art. 61, inciso II, alínea f, do Código Penal, “*onde a situação de companheiro pode enquadrar-se na agravante de prática do crime, prevalecendo-se, o agente, de “relações domésticas”*”, conforme salientado por

²⁰ *Direito Penal, Parte Geral, Tomo 3º, Forense, 1984, p. 228, nº 12.*

²¹ *Instituições de Direito Penal, vol. I, Tomo II, Ed. Max Limonad Ltda., 1978, p. 818.*

Euclides de Oliveira ²², já que, na esteira da doutrina de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “...relações de coabitação pressupõe o convívio entre pessoas sob o mesmo teto, o que,, é próprio do companheirismo, razão pela qual, ainda que não expressamente, o crime praticado por companheiro que tem como vítima o outro partícipe da relação informal deve sofrer a incidência da circunstância agravante constante do atual artigo 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal. E, a prevalência de tais relações, em verdade, significa o próprio fundamento da maior reprovabilidade da conduta do agente” ²³. Neste caso e apenas nele, por permitir a redação da norma penal seja ela integrada de forma não restrita em sua interpretação, torna-se possível a incidência da agravante a situações envolvendo delito cometido por um dos companheiros contra o outro, prevalecendo-se da circunstância das relações domésticas.

O princípio da *reserva legal*, enunciado no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, pelo qual, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e que reitera a norma inscrita na Declaração dos Direitos do Homem (Art. XI, nº 2), encontrando-se, ainda, no art. 1º do Código Penal, impedem a possibilidade de alcançarem as disposições que se encontram no Código Penal e concernentes aos cônjuges ou ao casamento, fixando penas aplicáveis a fatos aos mesmos correspondentes, seja como delito ou circunstância de agravamento ou a tornar qualificado o crime, às hipóteses envolvendo companheiros, já que de analogia, considerada, em seu sentido primitivo, advindo da matemática, como a “semelhança de relações” ²⁴, não será admissível adotar o intérprete, em tais casos.

De analogia só se poderá falar em Direito penal, quando em beneficiar o destinatário da norma legal.

Ainda que se argumente com decorrer de tal conclusão afirmar-se que a situação do unidos apenas de fato acabe por propiciar condição melhor, sob o aspecto penal, que a dos casados, isto não pode implicar em estender-se aos primeiros as normas do Código Penal que digam respeito a sancionamento de crimes ou agravamento de penas.

Reconhece-se - e não há dúvida a respeito disto -, ser aconselhável e necessário estipular-se, legislativamente, normas que incriminem ou fixem circunstâncias ou condições em que a participação delituosa do companheiro ou da companheira em ato envolvendo o outro, possa ser considerada para fins penais, como ocorre no tocante ao casamento, levando-se em consideração, como se dá quanto ao segundo, a proteção do ente familiar, e que, inclusive, já foi objeto de proposição no Anteprojeto de Código Penal de 1999, segundo o texto aprovado pela Comissão Revisora, presidida pelo Exmo. Sr. Ministro (STJ) Luiz Vicente

²² *União Estável*, Ed. Paloma, 4ª. ed., p. 113, nota de rodapé nº 80.

²³ *A Família Informal...*, cit., p. 139.

²⁴ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 1979, p. 206.

Cernicchiaro e no qual os arts. 121, §§ 3º, 4º e 7º, 127, § 1º, 213, inciso I, 244, *caput*, 342, § 3º e 353, § 2º aludem, nas respectivas redações e no que tange às hipóteses nelas previstas, tanto a *cônjuge* quanto a *companheiro*, a evidenciar o reconhecimento dos autores do que se propõe, à necessidade de incluir-se os beneficiários do art. 226, § 3º da Constituição Federal, nas novas disposições penais e para os fins nelas sugeridos.

Enquanto não houver a modificação do texto legal do Código não será cabível admitir a inclusão dos conviventes de fato nas regras atualmente existentes e que se referem ao casamento ou aos cônjuges, porquanto "*A interpretação analógica das normas incriminadoras é vedada em todas as legislações civilizadas em face do princípio da estrita legalidade*", como ressaltado por Jacques de Camargo Penteado²⁵, sem que seja possível ressaltar este ou aquele caso, por conta da eventual ou possível similitude de situações.

Posto isso, cumpre apreciar-se sobre ser ou não possível aplicar à união estável os aspectos em que a Lei Penal, a bem da família, beneficia o cônjuge que se haja envolvido em ato ilícito segundo as condições contidas nas disposições penais a tanto concernentes.

Emerge indubitoso que todos os dispositivos referidos objetivam defender a família, quando aludem ao casamento ou ao cônjuge. E se a constituição, como visto, protege a *família*, não circunscrevendo sua integração aos limites do matrimônio, abarcando na proteção que fornece tanto ele quanto a entidade familiar em união estável entre homem e mulher, ainda que não tenha ela significado mesmo que o do casamento - o que já foi objeto de comentário -, importa levar-se em conta, aqui, o fato de as disposições penais referenciadas terem aplicação à família, considerada conforme o espectro amplo que lhe confere a Constituição Federal.

Se é nela, como citado, que o Direito Penal encontra os bens acerca dos quais haverá de dispor, logicamente que, no tocante às regras que possua e possam, por meio do critério de análise às semelhanças existentes entre a situação específica a que se dirigem e aquelas contidas no fato que não previu e que, mercê da evolução, acaba por ser protegido pela Lei, seja ela a Maior ou as inferiores, com igual motivo será admitido que tenha ele incidência.

Valer-se-á o intérprete, em casos que tais, do disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, aferindo "*...os pontos de semelhança entre um fato concreto, não previsto com clareza na lei, ao fato regulado expressamente. Considera o primeiro análogo ao segundo, e daí se extrai a mesma conclusão para incidência de igual dispositivo legal, porque inspirado na mesma razão de decidir.*"

²⁵ A Família e a Justiça Penal, RT, 1998, p. 117.

Sob tal aspecto, é de se ver que, "...a decisão judicial, ao integrar a lacuna para resolver o caso concreto, esboça, para além disso, o desenho da norma jurídica que o legislador deverá editar para, em futuros desenvolvimentos do sistema, preencher o vazio normativo existente" (Francisco José Ferreira Muniz *Textos de Direito Civil*, p. 116).

Consiste a analogia, pois, na aplicação a uma hipótese não prevista em lei de disposição relativa a um caso semelhante” ²⁶.

Como a Lei penal, nos dispositivos antes referidos e que atinem a escusas absolutórias, circunstâncias redutoras de pena ou casos extintivos da punibilidade leva em conta a proteção da família, óbice não há, em face do art. 226, *caput* e § 3º, a que os tenha como aplicáveis à união estável entre homem e mulher.

Não se cuida de conclusão pacífica na jurisprudência e Jacques de Camargo Penteado aponta que as “...as questões examinadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça parecem indicar que família e união estável não se confundem para efeitos penais” ²⁷.

Todavia e respeitada a posição contrária, já se referiu não haver distinção entre *entidade familiar* e *família* e à ela, em conceito plural, se dirige o Código Penal na proteção que fornece, ainda que aludindo, eventualmente, ao casamento, já que no sistema vigente ao tempo em que editado aquele, não se haveria considerar, conforme a Lei, em família decorrente de outra circunstância que a do matrimônio.

Alterada tal posição, contudo e estabelecendo a Constituição a existência de família em seu conceito amplo, como antes enunciado, com modelo variado e sem “...uma construção geométrica; ao contrário, reconhece-se a diversidade, isto é, a preservação da pluralidade, dos diferentes grupos e indivíduos”, devendo todos os tipos “...ser tratados de maneira idêntica nos casos idênticos ou, pelo menos, é preciso evitar colocar formas de família semelhantes em situações desiguais”, conforme Francisco José Ferreira Muniz, concluindo adiante: “...o que nos interessa pôr aqui em evidência é que a Constituição, ao assegurar aos diversos modelos de família, responde ao pluralismo e à diversidade da sociedade brasileira e faz apelo ao princípio da neutralidade como princípio inspirador da política legislativa” ²⁸, resultando do referido não ser possível, pena de iniquidade, distinguir entre as situações relativas ao casamento e à união estável, para incidência do Direito Penal benéfico.

Referida a analogia e considerando-se o que consta no tipo atinente ao adultério, em que o Código Penal não o definiu, apenas estabelecendo sanções para o ato de “Cometer adultério”, cabem as considerações que seguem.

De acordo com o art. 240 do Código Penal, inserido no Cap. I (Dos Crimes Contra o Casamento), do Tít. VII (dos Crimes Contra a Família), pune-se o delito de adultério, o qual, não definido pelo dispositivo, se constitui na “profanação do leito nupcial, a violação da fé conjugal”, segundo Paulo José da Costa Jr., reportando-se a Galdino de Siqueira, em seu Tratado de Direito Penal, parte

²⁶ Euclides de Oliveira, *União...*, cit., p. 113.

²⁷ *A Família...*, cit., p. 111.

²⁸ *Textos...*, cit., ps. 98/99.

especial, RJ, t. 1, p. 313, fundado este em Farinácio²⁹, estando no Código Civil, art. 231, inciso I, como dever recíproco de ambos os cônjuges, o de fidelidade, a justificar sua quebra, por qualquer deles ou ambos, além das medidas civis adequadas; a de ordem penal e que se encontra incluída no aludido dispositivo do Código Penal.

Como se não bastasse a inserção de tal regra no Código Civil, tem-se que tanto a nº 9.278, de 10 de maio de 1996 e o Projeto de Lei nº 2.686, de 1996, destinados a regulamentar a união estável, estipularam, respectivamente, como deveres iguais dos conviventes, a primeira em seu art. 2º, inciso I, *respeito e consideração mútuos* e o segundo, também em seu art. 2º, incisos I e II, a lealdade e o respeito e consideração, o que, logicamente, e independente de previsão, se haveria considerar como estando implícito no conceito aberto de união estável emergente do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, justamente como um dos atributos da estabilidade.

Com efeito e conforme ressaltado em oportunidade outra, “...*como no casamento, há que existir o respeito necessário à manutenção do relacionamento, não se podendo aceitá-lo de forma outra que a monogâmica, necessária, assim, a fidelidade, que se presta, obviamente, a robustecer a idéia do casamento normal. Desta forma, a união denominada por Villaça Azevedo como desleal, caracteriza o concubinato “impuro”. Outrossim e consoante o mesmo doutrinador, “a quebra do dever de lealdade, entre concubinos, implica injúria apta a motivar a separação de fato dos conviventes”. “A existência de duas ou mais ligações destrói o índice de valor de ambas, ou pelo menos de uma. Numa consideração geral, o amparo das concubinas -em tais condições implicaria admitir-se a seriedade de um concubinato dentro do concubinato, até com a impossibilidade de declarar qual a concubina lesada”, escreveu Edgard de Moura Bittencourt, embora ressaltando: “os fatos, porém, dirão se a pluralidade de concubinas pressupõe a instabilidade e imoralidade de todas as ligações”. Sendo a fidelidade, como visto, necessária à verificação sobre a estabilidade da união de fato, por lógico que a pluralidade de companheiros afastará tal atributo...”*”³⁰.

Considerando, portanto, que seja em sede doutrinária ou em decorrência de previsão legal, é tido o atributo da *fidelidade* como necessário à caracterização da união de fato apta à produção de efeitos válidos quanto aos dela participantes, poder-se-á argumentar com a possibilidade do delito de adultério relativamente aos conviventes?

A resposta que se impõe é a negativa, porquanto embora incluído o art. 240 em Título concernente à família e como tal seja qualificada a união prevista no art. 266, § 3º, da Carta Maior, o certo é que o Capítulo integrado pelo dispositivo se

²⁹ Comentários ao Código Penal, Saraiva, vol. 3, 1989, p. 184.

³⁰ Cf. em “A União estável: um conceito?”, do autor, na obra *Repertório de Jurisprudência e Doutrina Sobre Direito de Família*, vol. 3, coord. Teresa Arruda Alvim Wambler e Alexandre Alves Lazzarini, RT, ps. 19/44.

refere aos crimes contra o casamento, incidindo, como consequência inafastável, o princípio da legalidade, uma vez mais, já que não sendo a união de fato equiparado ao matrimônio, inexistente aptidão a que se a tenha em conta para o fim do adultério penal.

Seria até o caso - se mantido o delito para a legislação futura -, de reforma em que se tenha como possível sua caracterização inclusive em situações de união de fato estável, por necessária a ela, como visto, a fidelidade, arredada, neste passo, a consideração anterior de Adahyl Lourenço Dias, sobre ser a companheira "...honestas não por imperativo de lei, senão por um princípio moral que orna seu caráter" ³¹, já que atualmente, afora o entendimento no sentido de encontrar-se logicamente inserida a fidelidade na estabilidade da união, tem-se expressa previsão a respeito de sua necessidade nessa nova circunstância legal.

Proposição final

Em decorrência do quanto exposto e se hoje, por força do disposto no Constituição Federal, já não se pode falar em moldura única da família, porquanto múltiplo o seu modelo, tem-se como necessário tratamento igualitário, sob o prisma legal, para as hipóteses em que possam ser tidos como idênticos os fatos quanto a um ou outros dos tipos de família, decorrendo disto asseverar-se que, se não é possível, na esfera penal, aplicar-se normas incriminadoras relativas a atos que envolvam os cônjuges, àqueles envolvendo pessoas unidas estavelmente de fato, por conta do princípio da reserva legal, o mesmo não se dá quanto às disposições não incriminadoras e, que, ao contrário, favorecem, na consideração de ser necessária a defesa da família, seja qual for seu molde.

³¹ A Concubina no Direito Brasileiro, Saraiva, 1975, p. 299, nº 176.