

## **O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO CONCUBINATO:**

### **O Percurso para o Reconhecimento de Efeitos Jurídicos às Uniões Dúplices no Direito Brasileiro.**

<sup>1</sup>Genival Couto de Novaes

<sup>2</sup>Rodrigo Pereira

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Concubinato. Gênero. Espécies. O Período Anterior a Constituição Federal de 1988. 3. O pós CF/1988. O Advento do CC/02. A União Estável. O concubinato. 4. O Concubinato no Atual Sistema Jurídico Brasileiro. O Complexo Debate sobre a Incidência de Efeitos Jurídicos. 5. Considerações Finais.

#### **RESUMO**

A análise do regime jurídico do concubinato vislumbra identificar as modificações decorrentes da legislação bem como a evolução doutrinária e jurisprudencial na resolução de problemas atinentes a este instituto. Resta evidente a desimportância que o legislador confere ao tema, desprezando seus efeitos a despeito da sua facticidade, largamente difundida na sociedade. As modificações advindas na legislação específica pouco acrescentaram ao tratamento dos efeitos jurídicos incidentes no concubinato. Nesse sentido, tem restado ao Judiciário, a passos lentos, de forma assaz controversa, apresentar as soluções possíveis no rumo de reconhecer dignidade àqueles que se albergam sob o instituto em tela. De certo que, os concubinos não podem ficar a mercê dos paladinos de uma moralidade hipócrita, sendo urgente a necessidade de segurança jurídica na matéria.

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

LEGISLAÇÃO; CONCUBINATO; MORALIDADE; FACTICIDADE; JURISPRUDÊNCIA.

---

<sup>1</sup> Graduando do 10º Semestre Bacharelado em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS).

<sup>2</sup> Graduando do 10º Semestre em Bacharelado em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS).

## 1. Introdução

Com a vigência da Constituição Federal de 1988 deu-se a consagração da união estável (antigo ‘concubinato puro’) em entidade familiar, estendendo-se a essa relação à mesma proteção jurídica deferida ao casamento. Todavia, costumeiramente, tal fato conduz a uma pergunta natural: Mas, como ficou a questão do ‘concubinato impuro’, agora apenas concubinato, na então nova ordem constitucional/ legal?

Responder a tal indagação implica em trilhar um caminho ao longo do qual lidar-se-á de perto com conceitos e valores não apenas jurídicos, mas também atrelados a forte apelo social, moral e religioso. Ideias-conceito, tais como família legítima, monogamia, poliamorismo, uniões dúplices, segurança jurídica, patrimônio familiar, sociedade de fato, dignidade da pessoa humana, normatividade afetiva e justiça deverão ser debatidas para além do moralismo pessoal.

Diante de tais inúmeros questionamentos, afiguram-se cada vez mais oportunas abordagens acadêmicas concernentes aos desdobramentos do concubinato no ordenamento jurídico. É primordial compreender a normatização do concubinato no contexto anterior a Constituição federal de 1988, quando seu conceito era dúplice e desde então já bastante marginalizado pelo ordenamento. Outrossim, a bifurcação do referido instituto a partir da CF/88 conferiu limbo jurídico a modalidade impura, e, infelizmente, de modo corroborado pelo CC/02. Assim, faz-se mister ressaltar os avanços decorrentes de arrojados precedentes judiciais que, em contraposição a inércia legislativa em dirimir conflitos prosaicos, vem sinalizando aos anseios da realidade pátria. A partir do elenco de diversas correntes doutrinárias, dotadas de concepções díspares, identificou-se a fundamentação que alicerça os argumentos favoráveis e contrários a ampliação dos efeitos jurídicos incidentes ao concubinato.

E, se os tempos parecem reclamar uma reflexão mais cuidadosa sobre o tratamento jurídico dispensado ao concubinato, o Direito pátrio deverá responder à sociedade brasileira se, e até que medida dá-se entre nós a tutela do concubinato, e das uniões livres em geral, no âmbito do Direito das Famílias. Numa palavra: Quais os valores a abraçar pelo Estado, a hipocrisia ou a realização da personalidade dos seus cidadãos? Deve prosperar a discriminação cega, ou a realidade social?

## 2. O Concubinato. Gênero. Espécies. O Período Anterior a Constituição Federal de 1988

A expressão concubinato tem sido largamente utilizada em nosso cotidiano e ordenamento pátrio, todavia em um tom historicamente jocoso. Certamente, resultado da inconsistente regulamentação do tema pelo nosso arcabouço jurídico, somada a assídua interferência religiosa, notadamente da Igreja Católica, movida pelo intuito secular de institucionalizar o casamento como forma oficial do encontro familiar, desconsiderando as demais relações existentes na sociedade.

O código civil de 1916 repugnava qualquer noção de família que não estivesse vinculada ao casamento. Em outras palavras, quaisquer formas de uniões extramatrimoniais, a despeito de existirem fartamente, eram sumariamente ignoradas pelo ordenamento vigente à época. Assim, basta pensar que o casamento era indissolúvel. E aqueles que se separavam sofriam o peso de um verdadeiro calvário, pois, tinham que carregar por longo tempo o estigma pejorativo do *status* de “desquitado”. E assim, foi da união formada entre as pessoas separadas de fato, ou entre desquitados, ou entre os solteiros, e ainda aquelas ditas adulterinas ou incestuosas, que surgiu o instituto do concubinato (gênero), ou sociedade de fato no âmbito jurídico. Como assevera Maria Berenice Dias, as palavras amigado, amasiado ou concubino referiam-se a relações espúrias ou pecaminosas socialmente aviltantes e juridicamente inexecutáveis. (DIAS, Sociedade de afeto, p.1).

O concubinato, até 1988, era classificado em ‘concubinato puro’ e ‘concubinato impuro’. Salienta-se que o próprio termo concubinato é dotado de inexorável carga valorativa negativista. Trata-se de uma depreciação das relações interpessoais, simplesmente por não estarem vinculadas ao procedimento formal do casamento. E, destarte, tem-se que concubinato corresponde àquelas relações não oriundas do casamento, sejam empreendidas por meio de ato volitivo (concubinato puro), sejam determinadas em consequência dos impedimentos matrimoniais (concubinato impuro), impedimentos dos quais cuidaremos detidamente mais à frente.

Foi vagaroso, até o advento da CF/88, o entendimento doutrinário e jurisprudencial rumo a reconhecer apenas o chamado concubinato puro, doravante união estável, enquanto entidade familiar. Contribuíram para tal má-vontade, lições doutrinárias que persistem até hoje, como a de Álvaro Villaça Azevedo, para quem concubinagem “tem o condão de abranger relacionamentos e convivências reprováveis”. (AZEVEDO, 2011, p.161).

Entretanto, com o tempo surgiram as primeiras iniciativas normativas quanto a esse instituto, a ex. da Súmula 380 do STF, de 1964, que adveio para inibir os descabimentos de injustiça perpetrados diuturnamente na sociedade; tal súmula visava assim possibilitar a dissolução judicial de uma relação que, então, começava a ser considerada ‘sociedade de fato’, e, por conseguinte, a partilha dos bens comprovadamente angariados de maneira conjunta.

Mas, é preciso ressaltar que as modificações que ocorreram no sistema legal brasileiro, no que concerne ao concubinato, cabem ser imputadas singularmente à Jurisprudência, que, na ausência de legislação específica, obrigou-se a se manifestar, desbravando caminhos.

Deve-se atentar, porém, que nesse período, o concubinato ‘puro’ ainda é encarado como sociedade de fato, mas, posicionamento jurisprudencial incipiente e arrojado tratou de ir ganhando terreno, construindo, paulatinamente, o caminho do reconhecimento do instituto como entidade familiar alicerçada no afeto. É assim que, inerte o legislativo, o Judiciário provocado, viu-se impulsionado a oferecer meios de proteger a relação jurídica dissolvida.

### **3. O pós CF/1988. O Advento do CC/02. A União Estável. O concubinato.**

A promulgação da CF/88 converteu o concubinato puro em união estável, tendo sido, a duras penas, inserido no Direito de Família, conforme evidenciado. Não obstante, o concubinato impuro, doravante apenas concubinato, a despeito da sua larga difusão na sociedade, permaneceu praticamente desprovido da necessária proteção estatal. Sobre a conversão do concubinato puro, agora ‘união estável’, em novel entidade familiar no seio do nosso Ordenamento, colhamos do dispositivo constitucional:

**Art. 226** – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Todavia, interessante é registrar que nos primeiros momentos da vigência da Carta Maior, a despeito da previsão constitucional da união estável como entidade familiar, o Judiciário ainda entendia tal relação como sociedade de fato. Apenas a partir da promulgação da lei 8.971/94 que disciplinou as situações atinentes a sucessão e alimentos e da lei 9.278/96 que regulamentou o § 3º do art. 226 da CF ocorreu a efetiva adesão da união estável enquanto

entidade familiar. Assim, estando os requisitos da união estável preenchidos, quais sejam: união pública, contínua e duradoura com intuito de constituir família, é competente o juízo da Vara de Família. Também, importante documentar que, uma vez surgido o Código Civil de 2002, o termo ‘concubinato’ passou a ser denominação para união adulterina, união paralela ao casamento, e uniões empreendidas entre indivíduos submetidos aqueles impedimentos elencados no art. 1521 desse Diploma Civilista.

Em todo caso, imprescindível salientar que no percurso histórico não apenas a inércia legislativa significou percalço ao aprimoramento dos efeitos jurídicos reconhecidos ao concubinato, mas também resultaram em grande desfavor ao instituto as vozes de alguns doutrinadores que ecoavam o coro da moralidade e dos bons costumes em franca campanha contrária, como Washington Monteiro de Barros(MONTEIRO, 2004, p.30):

União estável é a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados os partícipes desta relação de companheiros. Concubinato é relação que não merece a proteção do direito de família, por ter caráter adulterino, denominados concubinos os seus partícipes.

O que leva a assistir razão à reflexão de Paulo Lôbo quando afirma que: “sempre que a lei civil refere a concubinato é para vedar-lhe direitos, como na doação do “cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art. 550e 1.642, V), ou para interditar direitos (art.1801).” (LÔBO, 2012, p.186).

#### **4. O Concubinato no Atual Sistema Jurídico Brasileiro. O Complexo Debate sobre a Incidência de Efeitos Jurídicos**

Como visto alhures, em solo pátrio, num momento incipiente, a doutrina tratou de desenhar peculiaridades do concubinato, que restou diferenciado em duas categorias: a) o ‘concubinato puro’ (empreendido por pessoas que poderiam casar, mas preferiam não realizá-lo); e b) o ‘concubinato impuro’ (composto por pessoas que não poderiam casar a ex. do concubinato adulterino ou incestuoso).

Assim também a preciosa lição do professor Carlos Roberto Gonçalves:

[...] começou a ser utilizada a expressão ‘concubinato impuro’, para fazer referência ao adulterino, envolvendo pessoa casada em ligação amorosa com terceiro, ou para apontar os que mantêm mais de uma união de fato. Já ‘concubinato puro’ ou

companheirismo seria a convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos dependentes de outra união (caso dos solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados ou que tiveram o casamento anulado). (GONÇALVES, 2014, p. 613):

Como é cediço, com o advento da Carta Republicana de 1988, o concubinato puro, paulatinamente, foi-se descolando dos estigmas ou preconceitos, e elevado à altitude de entidade familiar, passando a ser denominado ‘união estável’, sendo a partir de então regido pelo Direito das Famílias, ganhando a mesma proteção estatal dispensada ao casamento. Outra não é a inteligência do art. 226, §3º da CF/88. Vejamos.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado.

§3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

De outro lado, o velho ‘concubinato impuro’, agora simplesmente concubinato, passou a ser definido pela dicção do art. 1727 do CC/02, in verbis:

Art. 1.727. As Relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Importante anotar que os impedimentos matrimoniais do Código Civil de 2002, elencados no bojo do art. 1521, são todos de ordem pública, o que significa que sua incidência não admite sanção e implica em nulidade do casamento, que, assim sendo, não terá eficácia. Neste sentido, pela riqueza da ilustração, colaciona-se o magistério dos mestres Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Organizam-se, assim, em especial para efeitos didáticos, os impedimentos matrimoniais em três diferentes grupos: i) *impedimentos decorrentes do parentesco*, abrangendo as hipóteses dos incisos I a V do art. 1521 da Lei Civil. Aqui, chancela-se a proibição com base da existência de uma relação de parentesco, em linha reta ou colateral, decorrente de vínculo consanguíneo ou adotivo; ii) *impedimentos decorrentes da existência de casamento anterior*, obstando a prática da bigamia, que continua caracterizando um ato ilícito no sistema jurídico brasileiro; iii) *impedimentos decorrentes da prática de crime*, tendo o propósito de obstaculizar o casamento do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa dele contra o ex-consorte. (FARIAS E ROSENVALD, 2014, p. 202):

Entrementes, diferentemente do status de proteção constitucional e tratamento sob a égide do Direito das Famílias conferido à união estável (outrora concubinato puro), o concubinato (outrora concubinato impuro) mantém-se atualmente enquadrado nos limites do Direito das Obrigações, e, consoante doutrina e jurisprudência dominantes, não produz efeitos jurídicos

familiares, tais como o direito aos alimentos, à herança, à habitação, ao estabelecimento do parentesco por afinidade e outros mais.

Ademais, o sistema jurídico estabelece a vedação da prática dos seguintes atos em benefício da concubina ou do concubino: a um, proibição de realizar doação em favor do concubino, sob pena de anulabilidade, no prazo de dois anos contados do término da relação conjugal (CC/02, art. 550); a dois, proibição de estipular seguro de vida que favoreça o concubino, sob pena de nulidade (CC/02, art. 793); a três, proibição de ser contemplado como beneficiário de testamento, seja a título de herança ou de legado, sob pena de nulidade (CC/02, art. 1.801, III); e, a quatro, a já citada impossibilidade de receber alimentos (CC, art. 1.694). (FARIAS e ROSENVALD, 2014. p. 472-473)

E nesse passo, dado o entendimento de os concubinos não fazerem jus aos alimentos, uma vez que se considerou a relação como de natureza não familiar, a jurisprudência brasileira, inspirada no entendimento acolhido pelos tribunais franceses, passou, num primeiro momento, a reconhecer aos integrantes da relação concubinária o direito a uma indenização por serviços domésticos (tais como lavar, passar, cozinhar etc.) e até sexuais prestados. Essa foi a maneira de contemplar alimentos àqueles que, com base no sistema jurídico-positivo, não poderiam recebê-los por não constituir entidade familiar. O eminente civilista Arnaldo Rizzardo, também reflete sobre o tema

Consoante já observado, numa fase inicial o direito brasileiro reconheceu o direito à indenização em favor da mulher, pelo serviço prestado, durante o concubinato. (...) com o objetivo de dar-lhe uma assistência, em vista de sua dedicação ao companheiro, e não se alvitando outra solução legal quando era abandonada, encontrou a jurisprudência, inspirada em manifestações doutrinárias, o caminho de assegurar uma indenização pelos serviços prestados, não pelo concubinato em si, mas pela assistência no lar (...) (RIZZARDO, 2011, p. 844):

Contudo, adveio em certo instante a crítica de que a concepção de tal espécie de indenização maculava o princípio da dignidade humana. Numa outra ponta, observadores diversos, argumentaram que tal iniciativa compensatória representava algum direito para quem, numa época, não tinha direito a nada. Esse parece ser o sentido do registro didático de Carlos Roberto Gonçalves “O concubino (conforme nosso Código Civil) pode não receber alimentos, herdar e não ter participação automática na metade dos bens adquiridos em comum, mas terá em seu prol a sociedade de fato e a indenização por serviços domésticos prestados”. (2014, p. 616):

Destarte, durante largo tempo, no Direito brasileiro, consolidou-se jurisprudência no sentido de decidir pela indenização à concubina, tornando-se um direito pacífico. Sempre ressalvando-se, no entanto, a inexistência de direito à indenização pelo simples fato da ruptura, conforme salienta Carlos Roberto Gonçalves:

A união livre difere do casamento, sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a este inerentes. Por isso, a doutrina clássica esclarece que o estado de concubinato pode ser rompido a qualquer instante, qualquer que seja o tempo de sua duração, sem que ao concubino abandonado assista direito a indenização pelo simples fato da ruptura. (GONÇALVES, 2014, p. 610)

O próprio Superior Tribunal de Justiça, quando ainda em vigor o Código Civil de 1916, decidiu, reiteradamente, que, não havendo patrimônio a partilhar, teria a concubina o direito de pleitear indenização pelos serviços prestados ao concubino. Todavia, com o surgimento do novo Diploma Civil, tal entendimento foi modificado.

Nesse sentir, colaciona-se a mais recente orientação daquela Superior Corte de Justiça. Vejamos.

(...) Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que o existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união.

3. Na verdade, conceder a indigitada indenização consubstanciaria um atalho para se atingir os bens da família legítima, providência rechaçada por doutrina e jurisprudência.

4. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, a concessão de indenização nessas hipóteses testilha com a própria lógica jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, protetiva do patrimônio familiar, dado que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CCF/88), não podendo o direito conter o germe da destruição da própria família. (STJ, Ac. Unân. 4ª T., REsp 988.090/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2..2.10, DJe 22.2.10)

Com efeito, também a 3ª Turma daquele Egrégio STJ também assim se pronunciou, por meio de respeitável aresto:

[...] Não mais há de se cogitar, sob a alegação de serviços domésticos prestados, a busca da tutela jurisdicional, revelando-se indevida discriminação a concessão do benefício pleiteado à concubina, pois o término do casamento não confere direito à referida indenização. Assim, se com o fim do casamento não há a possibilidade de se pleitear a indenização por serviços prestados, tampouco quando se finda a união estável, muito menos com o cessar do concubinato haverá qualquer viabilidade de se postular tal direito, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento. STJ, REsp.872.659-MG, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJE, 19-10-2009.

Noutro giro, marcante é notar que o mesmo Superior Tribunal de Justiça, nos últimos anos, ainda determinou, em sede de julgados, o pagamento da multicitada indenização. Colhamos, pois:

Concubinato. Indenização por serviços prestados. Rompida a relação estável mantida ao longo de vinte anos, a concubina tem direito à indenização pelos serviços domésticos prestados ao companheiro. Recurso Especial nº 50.111 – RJ, Relator: Min. Ary Pangedler, DJ de 1º. 07.1999

Não havendo patrimônio a partilhar, tem a companheira o direito de pleitear indenização pelos serviços prestados ao concubino. Recurso Especial nº 182.550 – SP, Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 20.09.1999

Portanto, não obstante a visão da jurisprudência majoritária, no âmbito do próprio STJ volta e meia ainda emergem precedentes apontando que, em situações onde o concubino, com dependência econômica, não puder obter a partilha de bens, seja porque não amealhou patrimônio comum durante a convivência, seja porque não logrou demonstração de prova de aquisição conjunta, faz-se curial analisar as peculiaridades do caso concreto à luz dos comandos do Texto Constitucional, concedendo-se a aludida indenização, em contextos onde sua denegação significaria o abandono do requerente em temerário e injusto estado de miserabilidade.

Ao que tudo indica, corrobora com tal óptica Arnaldo Rizzardo (2011, p. 846), quando enfatiza: “Unicamente em hipóteses muito especiais pode-se cogitar de indenização. Não, porém, pelo oferecimento do corpo, pelo afeto dedicado a uma pessoa, e mesmo pela convivência constante ou intercalada”. Portanto, novamente afigura-se a trilha de que, ao analisar a matéria, é imprescindível ater-se pormenorizadamente às peculiaridades do caso concreto, o que poderá resultar suficiente para concluir que nem sempre será justo negar-se, p. ex., à amante, o direito de ser indenizada.

É assim que, consoante a realidade da vida, nem sempre será bastante para a realização da justiça, no contexto da complexidade temática do concubinato, tão somente a aplicação das regras afetas a dissolução da sociedade de fato. No dia a dia, tem-se percebido que muita vez tal regramento revela-se insuficiente, diante de determinadas particularidades fáticas.

Contudo, uma vez que o tratamento dispensado pelo sistema jurídico ao concubinato majoritariamente nega-lhe natureza familiar, enquadrando-o tão somente no âmbito obrigacional, entendido como mera sociedade de fato, faz-se necessário abordar em síntese apertada aspectos de formação de tal instituto bem como o respectivo dever de partilha dos bens adquiridos em seu âmbito.

O professor Flávio Tartuce(2014, p. 303) registra que “O concubinato, antigamente denominado de impuro, e, atualmente denominado concubinato, não é entidade familiar, mas mera sociedade de fato. Aplica-se a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, tendo direito o concubino à participação nos bens adquiridos pelo esforço comum”. Já o douto civilista Arnaldo Rizzardo (2011, p. 842), oportunamente complementa:

Basta a comprovação de alguns elementos exigidos para a caracterização da sociedade de fato, sendo o principal a concorrência na aquisição de bens comuns. Aplicáveis as razões aduzidas por Moacyr Porto: “Dissolvida a sociedade de fato, o patrimônio comum deverá ser partilhado entre os sócios. É totalmente irrelevante ou descabido indagar se os sócios eram ou não concubinos, se um dos sócios ou os sócios são pessoas casadas, se durou muito ou pouco o concubinato... A existência ou inexistência da sociedade de fato é assunto que respeita só ao direito das obrigações”.

Daí não poder olvidar-se, entretanto, que de uma união livre, seja ela afetiva ou não, é possível decorrer a formação de uma sociedade de fato, quando as partes envolvidas adquirem, por esforço comum, patrimônio, impondo, assim, o dever de partilha dos bens adquiridos, a título oneroso. (Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, 2014. p. 470) Colhamos, a propósito, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Concubinato. Sociedade de fato. Direito das obrigações. 1. Segundo entendimento pretoriano, a sociedade de fato entre concubinos é, para as consequências jurídicas que lhe decorram, campo das relações obrigacionais, irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo, porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete do esforço alheio, exatamente aquele que o pratica. 2. Recurso não conhecido. STJ, REsp 229.069/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 26.04.2005, DJ 16.05.2005. p. 351)

Adverta-se, no entanto, que a temática em foco ganha traços de notória complexidade quando aduzidos os casos da chamada “união dúplice”. Nesta senda, recorra-se às linhas precisas de Flávio Tartuce:

Trata-se de convivência estabelecida entre uma pessoa ou pessoas que são impedidas de casar e que não podem ter entre si uma união estável, como é o caso da pessoa não separada de fato, extrajudicialmente ou judicialmente, que convive com outra. Imagine-se o caso do sujeito casado que tem uma amante, havendo aqui um concubinato impuro, ou concubinato em sentido estrito (*stricto sensu*). (TARTUCE, 2014, p. 302)

Sobre tal problemática, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, analisou o caso de um cidadão que havia mantido duas uniões em paralelo – um casamento e uma união estável – sendo que ambas as mulheres requeriam pensão previdenciária do falecido. Na ocasião, o Relator Ministro Marco Aurélio Mello assim se pronunciou:

[...] É certo que o atual Código Civil versa ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar o núcleo familiar. Entretanto, na previsão está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que se um deles é casado, o estado civil deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto

de texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a esposa. O que se percebe é que houve envolvimento forte (...) projetado no tempo – 37 anos – dele surgindo prole numerosa – 9 filhos – mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro ter mantido o casamento, com quem contraíra núpcias e tivera 11 filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tido como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe respeito às balizas legais, à obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável, quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente prescrito no artigo 1727 do CC[...]. (STF, RE 397.397-8/BA, J. 03.06.2008)

Como se depreende, no âmbito previdenciário, a tendência das cortes pátrias tem seguido linha mais restritiva dos direitos da concubina. Não obstante isso, singular é a riqueza hermenêutica do Voto vencido do Ministro Carlos Ayres Brito, também proferido no Supremo Tribunal Federal. Vejamos.

[...] Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situações de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria em discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de ‘filhos concubinários’. Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que ‘os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação’ (§6º do art. 227). Com efeito, à luz do direito constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída. (...) No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o de cujus, então segurado da Presidência Social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a solução deste litígio o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo do relator do feito, Ministro Marco Aurélio. (RE 397.762-8/BA, rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.6.08).

Pela magistral firmeza e convicção empreendidas pelos Ministros do STF no citado julgamento, ainda mais uma vez pede-se vênias para trazer à baila mais um trecho de voto do eminente Ministro Relator Marco Aurélio Mello. Colhamos, pois:

Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável. Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão. Servidor público. Mulher. Concubina. Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento do servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina” (STF, Ac. 1ª T., RE 397.762/BA, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12.9.08, p. 172).

Pelo exposto das manifestações de ambos os representantes do Supremo Tribunal Federal, nota-se que, se de um lado é louvável a preocupação veiculada pelo Ministro Mello para com a Segurança Jurídica, de outra banda, a interpretação do Ministro Ayres Brito sinaliza que o sistema jurídico não pode ignorar a realidade social, e parece apontar, corajosamente, que já é tempo de afastar do Direito a hipocrisia que tanto lhe impregnou, para reconhecer o afeto como grande mola propulsora das relações.

Ademais, a reflexão sobre o tema leva a inferir que, em grande medida, o atual tratamento jurídico conferido ao concubinato, como mera sociedade de fato, deve-se a concepção do caráter monogâmico a que a relação familiar encontra-se submetida no ordenamento pátrio. Daí o fato de nas searas normativa e jurisprudencial entender-se, predominantemente, que atribuir proteção ao concubinato no âmbito do Direito das Famílias implicaria, por vias transversas, no rompimento da exigência da própria monogamia. Eis, pois, certamente, a explicação para a contundente repugnância majoritária no que tange ao reconhecimento de uniões familiares simultâneas e paralelas.

Talvez, influenciadas pela mesma visão de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 461), para quem “Pondo um pouco de lado o aspecto eminentemente moral que permeia o tema é forçoso convir que a fidelidade e os amores paralelos fazem parte da trajetória da própria humanidade, acompanhando de perto a história do casamento”, surgem a todo o tempo decisões no seio de alguns Tribunais, que apontam para uma nova visão do tema, construindo profícuo e necessário debate, a saber:

DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL. CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva - pública, contínua e duradoura -, um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. (...) O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldades de o Poder Judiciário lidar com uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. (...) Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que elas geram efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. (TJ/MG, Ac. Unân. 5ª Cam. Cív., Ap. Cív. 1.0017.05.016882-6/003 – comarca de Almenara, rel. Desa. Maria Elza, j. 20.11.08, DJMG 10.12.08)

Na mesma senda,

União dúplice. União estável. Prova. Meação. Triação. Sucessão. Prova do período de união estável e união dúplice. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cujus* em período concomitante ao casamento do falecido. Reconhecimento de união dúplice paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO). Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o *de cujus*. Meação que se transmuda em ‘triação’, pela duplicidade de vínculos familiares.” (TJ/RS, Ac. 8ª Cam. Cív., ApCív. 70027512763 – comarca de Erechim, rel. Des. Rui Portanova, j. 14.5.09, DJRS 2.6.09)

Nesse mesmo passo, Gagliano e Pamplona Filho (GAGLIANO E PAMPLONA, 2014, p. 464), acrescentam que “A 8ª Câmara Cível do TJ do Rio Grande do Sul reconheceu que um cidadão viveu duas uniões afetivas: com sua esposa e com uma companheira. Assim, decidiu-se repartir 50% do patrimônio imóvel, adquirido no período do concubinato, entre as duas”. Esses mesmos civilistas advertem que a situação de uma união paralela fugaz, inspirada e arrebatada pela exaltação dos hormônios sexuais, não poderia, em princípio, implicar nenhum tipo de tutela jurídica, atinentes aos aspectos aqui tratados. Todavia, se esse paralelismo se alonga no tempo, criando consistentes raízes de convivência, negar-lhe a incidência de possíveis efeitos jurídicos é negar a própria realidade.

Nesse diapasão, entendem Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior, citados por Chaves Farias e Rosenvald (FARIAS E ROSENVALD, 2014, p. 474) que

é extremamente falso imputar à realidade concubinária uma caracterização tipicamente obrigacional quando, na verdade, a união se deve ao afeto havido entre o casal e à pretensão que tem de constituir um ambiente que favoreça o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada um. A reunião preponderante, nesse caso, não é de esforços patrimoniais e, por isso, é incorreto entender que se trata de uma sociedade de fato.

Os mesmos Rosenvald e Farias (FARIAS E ROSENVALD 2014, p. 474) chamam atenção para o fato de já haver uma tendência crescente entre a doutrina brasileira para cuidar do concubinato em sede familiarista, inclusive com competência da Vara de Família. E, nesse caminhar, citam Maria Berenice Dias, para quem:

O Estado não tem o meio de, por exemplo, impedir o estabelecimento de uniões incestuosas entre pais e filhos ou entre irmãos, por mais repulsiva que seja essa possibilidade... Tais relações estão sujeitas à reprovação social e legal, mas, nem por isso, há algum meio capaz de coibir sua formação. Como existem, não há como simplesmente ignorá-las... Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade é gerar irresponsabilidade, é ensejar o enriquecimento ilícito. O resultado é mais do que desastroso, é perverso. Nega-se divisão de patrimônio, nega-se obrigação alimentar, nega-se direito sucessório.

Outrossim, defendendo a possibilidade de aplicação das regras do Direito das Famílias ao concubinato, quando justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, os incansáveis Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 469), assim explanam:

Tempo, afeto e aparência de união estável – admitindo-se a óbvia mitigação do aspecto da publicidade – são características que em nosso sentir, embora não absolutas de per si, devem conduzir o intérprete a aceitar, excepcionalmente, a aplicação das regras do direito de família, a exemplo da pensão alimentícia ou do regime de bens.

Nesse ponto, importante frisar que o entendimento consolidado no sistema jurídico nacional, em relação ao regime de bens, é guiado por interpretação restrita ao patrimônio amealhado pelos concubinos.

Portanto, verifica-se que as modificações que ocorreram no que concerne ao concubinato devem ser creditada sem larga medida à Jurisprudência, que na ausência de legislação específica é compelida a se manifestar desbravando caminhos e apontando horizontes.

## **5. Considerações Finais**

Doutrina e jurisprudência devem ter por escopo incessantemente promover a planilha de valores abraçada constitucionalmente, realçando a solidariedade, a igualdade e a liberdade. Pois, zelar por esses elementares princípios constitucionais, que possuem invidiosa força normativa, significa conferir proteção efetiva, plena realização e dignidade à pessoa humana. Em sendo assim, não caberia ao Direito atuar como a querer desestimular à formação de relações no campo afetivo. Tratar-se-ia de postura extemporânea e de ranço moralista, que não coaduna com a liberdade garantida no texto constitucional.

É que a opção pelo casamento, pela união estável, ou, seja lá por qualquer forma de união livre, não pode implicar na aquisição de mais ou menos garantias jurídicas. Portanto, se afigura necessário o aprimoramento do tratamento jurídico do concubinato, por meio de uma abordagem menos preconceituosa e mais técnica, mais imparcial e menos passional. Por isso, quando, no caso concreto, evidenciar-se que o concubinato trata-se de uma realidade fática afetiva, pensamos não se poder negar os respectivos efeitos jurídicos daí decorrentes.

Todavia, agindo assim, por óbvio, não se pretende equiparar o concubinato à união estável. Ao revés, o imprescindível é a consolidação de uma visão mais atualizada do tecido

normativo do Direito de Família. E aqui, certamente, o caminho mais seguro é homenagear não simples e distorcidamente a lógica protetiva do patrimônio familiar, mas, lado outro, guiar-se pela lógica protetiva da CRFB/1988, observando-se inexoravelmente o comando da Dignidade da Pessoa Humana que abraça os vínculos decorrentes do afeto na configuração de entidade familiar e, portanto, merecedora da proteção Estatal.

É que não deixa de chocar, sem dúvida, que, ao arrepio da nova ordem constitucional, e do próprio CC/02, sabidamente constitucionalizado, muitos julgados de Cortes Superiores ainda se fundamentam em expressões estigmatizantes, tais como “família legítima”. Certamente, seria mais salutar ler o CC/02 sem buscar encontrar em seu bojo as letras patrimonialistas do velho CC/1916. A boa notícia rumo à plenitude do respeito aos ditames constitucionais nesse campo, vem por meio de julgados tais como o oriundo do TJ/RS (TJ/RS, Ac. 8ª Cam. Cív., Ap. Cív. 70027512763 – comarca de Erechim, rel. Des. Rui Portanova, j. 14.5.09, DJRS 2.6.09), supra citado, reconheceu diante das circunstâncias respectivas, a necessidade de transmutar a meação em “triação”, pela constatação da duplicidade de vínculos familiares, numa clara superação da anacrônica dicotomia ‘família legítima’ x ‘família concubinária’.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro, Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. Atlas. 3ª ed. São Paulo. 2011.

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

BRASIL. **Código Civil**. : Saraiva. São Paulo, 2010.

BRASIL. **Lei 8.971/1994**. 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)Acesso em 29/05/2014

BRASIL. **Lei 9.278/1996**. 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm)> Acesso em 29/05/2014

DIAS, Maria Berenice. **A Sociedade do Afeto**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1\\_-sociedade\\_de\\_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-sociedade_de_afeto.pdf)> Acesso 07/06/2014

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2\\_\\_efeitos\\_patrimoniais\\_das\\_rela% E7% F5es\\_de\\_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2__efeitos_patrimoniais_das_rela% E7% F5es_de_afeto.pdf)> Acesso 07/06/2014

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. Juspodivm. 4ª ed. Vol. 6. Salvador 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. Juspodivm Vol. 6. 6º ed. Salvador: 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Direito de Família, As Famílias em Perspectiva Constitucional. Saraiva Vol. 6, 4ª ed. São Paulo. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Saraiva, vol. 6. 11ª Edição. São Paulo: 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. Saraiva, 4ª edição. 2ª tiragem. São Paulo. 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. Saraiva V.2. São Paulo. 2004,

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8ª ed. São Paulo. Editora Forense, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. Método v.5, 9ª ed. São Paulo. 2014.