

## CONCUBINATO E DIREITO DAS FAMÍLIAS: SIMPLES MIRAGEM UTÓPICA OU EFETIVA POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL? <sup>1</sup>

Osvânia Pinto Lima Teixeira<sup>2</sup>  
Ana Elizabete Lima de Sousa<sup>3</sup>  
Bárbara Sousa Braga Sabino<sup>4</sup>  
Mônica Maria Marques Matias<sup>5</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre as famílias simultâneas no que tange ao seu reconhecimento pela legislação pátria, através da análise de princípios constitucionais e os recentes julgados a respeito do assunto, tratando de maneira particular os princípios da dignidade humana e afetividade. Entendimentos doutrinários também são analisados diante da omissão legislativa.

**Palavras-chave:** Concubinato. Reconhecimento. Família simultânea. Afetividade.

**ABSTRACT:** The present work deals with the simultaneous families in terms of their recognition by the Brazilian legislation, through the analysis of constitutional principles and recent sentences on the subject, dealing with particular way the principles of human dignity and affection. Doctrinal understandings are also analyzed, since the legislation is silent.

**key words:** Concubinage. Recognition. simultaneous family. Affection.

### 1. INTRODUÇÃO

As transformações constantes do pensamento e comportamento humano revelam o eminente caráter de volatilidade e imprevisibilidade próprias do mesmo. Diferentemente das ciências da Natureza, nos quais os fenômenos estão fadados à reiteração, sem a possibilidade de mudanças, as Ciências do Espírito, do qual o Direito faz parte, encerram uma dose de extrema dúvida ou incerteza.

Sente-se, de logo, a necessidade do cientista jurídico de acompanhar as transformações sociais que, visto incessantes, e muitas vezes esquecidas pelo legislador, ou mesmo vítimas de

---

<sup>1</sup> A presente obra, fruto de pesquisa acadêmica e estudo científico de grave omissão legislativa e suas consequências sociais, refere-se a trabalho de graduação no curso de Direito, na Universidade Vale do Acaraú – UVA.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito (UFC); Especialista em Direito Processual Civil (UFC); Professora auxiliar no curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA (osvanialpt@hotmail.com);

<sup>3</sup> Bacharelando no curso de Direito da UVA (ana.elizabete.lima.sousa@gmail.com).

<sup>4</sup> Bacharelando no curso de Direito da UVA (barbarasabino8@gmail.com.br).

<sup>5</sup> Bacharelando no curso de Direito da UVA (monicamaria93@hotmail.com).

sua lentidão ou omissão, não podem, inadvertidamente ser olvidadas, sob pena de se incorrer em graves injustiças.

Desta forma, tem-se que a atividade interpretativa do magistrado, na perspectiva do Pós-Positivismo, busca contextualizar a lei, objeto de sua investigação, ao momento sócio-político-filosófico vivenciado pelo mesmo. De fato, irrefutável é a conclusão que o método lógico-dedutivo de interpretação e aplicação da lei, há muito foi superado. Esta operação rígida e meramente formal não condiz com os anseios e necessidades atinentes ao ser humano, criatura marcadamente inquieta e ávida por mudanças, e, da mesma forma, não satisfaz às imposições valorativas com as quais o Direito se compromete.

Neste diapasão, a presente reflexão expõe o Novo Direito das Famílias brasileiro e sua tentativa de desbravar os caminhos tormentosos da mera interpretação legalista (e, muitas vezes, moralista) em busca de soluções razoáveis sob a ótica do Direito Civil-Constitucional, principalmente no que tange ao tratamento que a presente Ordem Jurídica concede ao instituto, ainda marcadamente repudiado, do Concubinato, e as possíveis consequências jurídicas que o mesmo encerra.

Historicamente, devido à pré-juízos de ordens diversas, culturalmente construídas, cometeu-se graves injustiças no que tange ao Direito de Família, deixando relegados ao segundo plano o amor e a unidade familiar, em nome de outros valores, supostamente mais valiosos.

O presente trabalho, à luz de uma hermenêutica constitucionalmente empenhada a garantir efetividade aos valores juridicamente consagrados e às mutações sociais que clamam a visibilidade do judiciário, demonstra a necessidade de superação de dogmas que seguem obstinadamente na tentativa de padronizar a família, que, a seu modo, só deve ser reconhecida se corresponder ao modelo arbitrária e injustamente imposto.

Apresenta-se a evolução e as diversas mudanças pelas quais o conceito de família sofreu e a desconstrução e superação do modelo sacralizado, fruto de questionamento e juízo de ponderação dos intérpretes frente a cada caso concreto em negação à imposição de padrão familiar tido como verdade universalmente aceita.

Sob a defesa de que a Constituição Federal não impôs nenhum modelo, e que, portanto, não há estereótipos a serem friamente imitados e sendo o afeto, o único requisito aceitável capaz de gerar laços familiares, defendemos a possibilidade do concubinato, igualmente, ser fato apto a constituir família.

## 2. O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Ao iniciarmos este estudo precisamos realizar uma breve análise do Código Civil de 2002 frente à Constituição de 1988 e sua incidência no Direito de Família. Ao ser promulgada, nossa Constituição trouxe um grande desafio aos operadores do Direito Civil. A Carta Magna trazia várias inovações no que tange aos princípios e na integração entre o direito público e o privado, o que modifica sobremaneira a interpretação que deveria ser dada ao Código Civil de 1916, vigente à época.

O estudo do Direito Civil consistia em uma análise pura do Código Civil, a interferência do público na esfera privada mínima. A maior preocupação com o social e o reconhecimento da família como a base da sociedade veram mudar essa questão, trazendo uma maior integração entre Constituição e o Direito Civil, proporcionando ganhos a nossa legislação pátria.

Principal prova dessa aproximação é o conceito da função social de família, que tem íntima ligação com o princípio da dignidade humana, um dos princípios basilares da Constituição Federal. A função social consiste na realização pessoal dos integrantes da família, ou seja, o protagonista da família é a própria pessoa humana, em busca da realização de seus projetos de vida, propiciando assim a dignidade do partícipe. Guilherme Calmon Nogueira da Gama preceitua nesse sentido:

“Passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em idéias pluralistas, solidaristas e humanistas.”<sup>6</sup>

Ou seja, a formação familiar e as relações de indivíduo com a família estão intimamente ligadas a uma vida digna. Vida digna de acordo com a significação do princípio da dignidade humana, ou seja, o respeito individual ao ser humano, em toda sua existência

---

<sup>6</sup> GAMA, Guilherme Calmon. **Filiação e Reprodução Assistida – Introdução ao tema sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 520.

(vida, corpo, saúde), sendo incluídas as relações pessoais, ao que a família, como já visto, funciona como a basilar.

A Constituição cidadã proporcionou um olhar mais humanitário para a família, protegendo entes antes não reconhecidos, trazendo novos paradigmas para o conceito de família. A união estável passou a ser reconhecida na regulamentação brasileira e as diferenças entre filhos legítimos, naturais, adulterinos e adotivos foram eliminadas. Tais medidas representaram grandes avanços, acompanhando as evoluções da sociedade e amparando entidades que sempre existiram, mas não tinham a proteção jurídica devida.

Entretanto, algumas famílias não são ainda reconhecidas pela legislação e aceitas pela sociedade em geral. Há grande resistência em se reconhecer famílias oriundas de uma relação paralela de afeto.

### **3. A HERMENÊUTICA DOS AFETOS: O NOVO 'RETRATO' DA FAMÍLIA**

Conforme discutido em tópico anterior, o advento da Constituição de 1988 trouxe novas concepções ao conceito de família. A família figura como ente de grande importância social, que tem como principal sujeito o ser humano e sua realização existencial.

Com essa nova concepção de família, ficou claro o caráter primordialmente afetivo dessa instituição. As pessoas são unidas pelo afeto, característica basilar da família. Não se deve estudar e interpretar o direito de família sem aplicar o princípio da afetividade.

Tendo a família, como característica principal, o afeto, não há como limitar os arranjos familiares. Os modos de formação de família reconhecidos na legislação pátria não devem funcionar como rol taxativo. Sendo esta, definida pelo afeto, não pode o Estado definir por quem o indivíduo vai se afeiçoar e formar laços, constituindo família.

O que se tenta deixar claro aqui é que a família não deve ser limitada pelos conceitos da legislação vigente. A sociedade constitui seus próprios arranjos familiares, eles já são realidade. Cabe ao direito, cumprindo seu papel social, regulamentar e fornecer a devida proteção às entidades familiares que são formadas.

Não cabe ao legislador julgar quem os indivíduos escolherem para sua realização existencial. Cabe sim, ao direito, estar preparado para amparar relações que terminaram de maneira injusta, em que uma das partes fica em situação precária, sem ter meios de subsistência. Impedindo, inclusive, o enriquecimento ilícito de uma das partes.

Não deverá o direito coadunar com situações de injustiça, principalmente no que tange a família, base da sociedade, merecedora de atenção peculiar. Afinal, conforme preceitua Maria Berenice Dias, família é uma sociedade de afeto, e não deverá sofrer e nem ser negligenciada pelo direito:

“De forma cômoda, o judiciário busca subterfúgios no campo do Direito das Obrigações, identificando como uma sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. A exclusão de tais relacionamentos da órbita do Direito de família acaba impedindo a concessão dos direitos que defluem das relações familiares, tais como: meação, herança, usufruto, habitação, alimento, benefícios previdenciários, entre tantos outro.”<sup>7</sup>

Uma família formada a partir da violação do dever de fidelidade recíproca entre um dos seus pares e outro em relação anterior não deixa de ser família e deve ter seus direitos reconhecidos. Não é coerente que a nova interpretação de família, definida pela Constituição Federal e pelo Código Civil, baseado nos princípios da dignidade humana e da afetividade, deixe um arranjo familiar desamparado. Vai contra tudo que se defende. O desamparo de uma família formada por meio de atitudes moralmente reprováveis pela sociedade soa mais como punição do que como efetiva aplicação da lei.

Novamente, Maria Berenice Dias faz uma brilhante argumentação, ao defender que o desamparo legal à família formada por infidelidade acaba por incentivar o adultério, pois exige o infiel da responsabilidade para com a sua família. Punindo a concubina por uma traição que não é sua. Em palavras da própria Maria Berenice Dias:

“Pelo jeito, infringir o dogma da monogamia assegura **privilégios**. A manutenção de duplo relacionamento gera total irresponsabilidade. Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. A essa “amante” somente se reconhecem direitos se ela alegar que não sabia da infidelidade do parceiro. Para ser amparada pelo direito precisa valer-se de uma inverdade, pois, se confessa desconfiar ou saber da traição, recebe um solene: bem feito! É condenada por cumplicidade, “punida” pelo adultério que não é dela, enquanto o responsável é “absolvido”. Quem mantém relacionamento concomitante com duas pessoas sai premiado. O infiel, aquele que foi desleal permanece com a titularidade patrimonial, além de ser desonerado da obrigação de sustento para com quem lhe dedicou a vida, mesmo sabendo da desonestidade do parceiro. Paradoxalmente, se o varão foi fiel e leal a uma única pessoa, é reconhecida união estável, e imposta tanto a divisão de bens como a obrigação alimentar. A conclusão é uma só: a justiça está favorecendo e incentivando a infidelidade e o adultério!”<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Dias, Maria Berenice. **E a Justiça viu o afeto...** Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/8\\_-\\_e\\_a\\_justi%EA\\_viu\\_o\\_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/8_-_e_a_justi%EA_viu_o_afeto.pdf)

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 4. ed. rev., p. 48.

Válido ressaltar sobre a inobservância da dignidade em não se reconhecer os direitos e necessidades da outra família. Na situação hipotética em que o infiel funciona como provedor da referida família, o direito estará privando-a de suas necessidades básicas por não reconhecer esta entidade como família, disseminando injustiças.

#### **4. MONOGAMIA E O PROBLEMA DA (IN)FIDELIDADE**

Dúvida há acerca de se considerar a monogamia um princípio ou simplesmente particularidade de nosso sistema jurídico, visto que o crime de bigamia, para muitos, é considerado, consequência necessária do conteúdo normativo presente em tal característica.

Discussões doutrinárias à parte, e independentemente da conclusão a que se chegue, há de se notar que a infidelidade conjugal - e até entre companheiros- é fenômeno, marcadamente, presente na sociedade desde os tempos mais remotos aos dias de hoje.

Apesar do Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família nota-se que, não raro, há flagrante invasão do mesmo na esfera da vida particular e íntima dos indivíduos, algumas vezes mostrando-se de forma desarrazoada, noutras, por consideração a direito de terceiros ou da pessoa traída, no âmbito da responsabilidade civil, é perceptível a tentativa de punir eventuais infidelidades que se sucedam.

Por ora, nota-se que o dever de fidelidade imposto jurídica e, não raro, moralmente, não abarca em seu conteúdo caráter absoluto. O Estado, obviamente, visando proteção às famílias não poderia, por certo, incentivar esta conduta, que, sem dúvida, pode apresentar ameaça à continuidade e solidez da comunidade familiar. Aliás, há de notar que, muitas vezes, a relação extraconjugal é, na verdade, busca pela satisfação ao anseio de afeto, que há muito a relação conjugal negligenciou.

Tal propósito – o de proteção das famílias –, no entanto, não pode ser arguido como escusa do Estado de reconhecer e, por consequência, proteger eventuais famílias que se formem a partir do ato de infidelidade. É realidade que não pode escapar da ótica do magistrado a partir da tomada da consciência de sua responsabilidade perante o cumprimento das leis, as quais muito embora reflexo da vontade da maioria, não podem suprimir ou desprezar o direito das minorias.

Diante desta nova perspectiva constitucionalizada do Direito das Famílias, e deste olhar atento do magistrado aos novos anseios sociais que se impõem, nada deve importar mais

do que os laços de afeto que envolvem as pessoas em questão. Isto posto, e apesar da dificuldade de sistematização para este ramo da Ciência do Direito, ao qual, responsabilmente, denominamos, Ciência dos Afetos, importa em pressuposto fundamental de imparcialidade científica do intérprete e não confusão entre seus pré-juízos moralmente construídos a fim de estabelecer-se solução justa e equilibrada para a questão que se impõe.

Consoante o disposto, nota-se que a intenção de tal obra não se afigura na percepção e sistematização do “problema” do amor – este que “foge a dicionários e a regulamentos vários”<sup>9</sup> –, ou sobre as inconstâncias emotivas do ser humano ou a persecução dos motivos que levam o ser amante a trair o ser amado, senão, evidentemente o estudo de fatos humanos notórios e suas inevitáveis consequências jurídicas, que se relegadas ao alvedrio do Poder Legislativo, continuarão a gerar nefastas consequências de injustiça e desamparo, conforme preleciona a ilustre advogada MARIA BERENICE DIAS quando destaca:

“Negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, que duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade. Com isso a justiça acaba cometendo enormes injustiças. Mas não é esse sentido que vem se inclinando a doutrina e decidindo a jurisprudência. Ao contrário do que dizem muitos – e do que tenta dizer a lei (CC 1.727) -, o concubinato adúltero importa, sim, para o direito. Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes tem filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes”.<sup>10</sup>

## 5. A SITUAÇÃO DO CONCUBINATO ATUALMENTE

A necessidade do homem de viver em comunidade é fato que se observa desde os tempos mais antigos, tal como aduz o filósofo:

“As primeiras uniões entre pessoas, oriundas de uma necessidade natural, são aquelas entre seres incapazes de existir um sem o outro, ou seja, a união da mulher e do homem para perpetuação da espécie (isto não é resultado de uma escolha, mas nas criaturas humanas, tal como no outros animais e nas plantas, há um impulso natural no sentido de querer deixar depois de individuo um outro ser da mesma espécie).”<sup>11</sup>

<sup>9</sup>ANDRADE, Carlos Drummond. Poema **As sem-razões do amor**. Disponível em: <http://www.vidaempoesia.com.br/carlosdrummond.htm>

<sup>10</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 51.

<sup>11</sup>ARISTÓTELES. **Política**. 3 ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília - UNB, 1997.

Nota-se que a família, como primeira comunidade na qual o indivíduo se insere, é fenômeno dos mais antigos. Apesar de tal percepção, entendimento havia de que o casamento era o único meio legítimo por qual uma família poderia se formar. Outrora, portanto, união, mesmo que não eventual, entre homem e mulher, não consagrada pela formalidade do casamento, era simplesmente tratada como fato socialmente abominável e juridicamente inexistente. Tal união, denominada concubinato, apesar de constituir fato notável e de relevância para a sociedade, não recebia do Direito nenhum tipo de proteção.

A mudança começou a se operar a partir da jurisprudência no ramo previdenciário, que julgou ser o fenômeno digno de consideração.

“EM CASO DE ACIDENTE DO TRABALHO OU DE TRANSPORTE, A CONCUBINA TEM DIREITO DE SER INDENIZADA PELA MORTE DO AMÁSIO, SE ENTRE ELES NÃO HAVIA IMPEDIMENTO PARA O MATRIMÔNIO.”<sup>12</sup>

A partir de então, houve modificação de entendimento, no sentido de que o Direito não poderia se eximir de prestar tutela jurídica para tais relacionamentos, que não raro, se pluralizavam no seio social.

A jurisprudência avançou, e a tutela, agora prestada pelo Direito Civil, tinha por única saída viável, frente à omissão legislativa, o pagamento de indenização à mulher por serviços domésticos prestados, no caso de eventual dissolução, com vistas exclusivamente a evitar o enriquecimento ilícito do homem.

Transpassando pelo Direito das Obrigações passou-se a tratar tal união como mera sociedade de fato, numa medida paliativa frente à urgência de se garantir justa partilha patrimonial, fruto do esforço comum.

De modo a selar a validade destas uniões e evitar quaisquer resquícios de dúvidas a Constituição Federal a reconheceu como entidade familiar garantindo, proteção do Estado, especialmente do Direito de Família:

“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.”<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 35. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_001\\_100](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100).

<sup>13</sup>BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

O instituto agora reconhecido como união estável, e caracterizado pela união pública, contínua e duradoura de pessoas, a partir de vínculo afetivo goza de ampla proteção que o *status* constitucional lhe confere.

Muito embora não haja ressalva constitucional nesse sentido a mesma proteção não alcançam as uniões, que formam o assim denominado, pela doutrina, de concubinato adulterino, antigamente impuro, ou seja as uniões não eventuais, públicas e contínuas, de pessoas impedidas de casar.

A Monogamia como valor consagrado há muitos anos em nosso ordenamento jurídico, se faz presente nas relações de casamento e união estável, nas quais o casal deve resguardar fidelidade recíproca. Contudo, desde os tempos mais remotos sabe-se que o ser humano, assim como, outros animais, tem a capacidade de se envolver em relações amorosas simultâneas, alimentando, muitas vezes, por pessoas distintas o mesmo sentimento de afeto. Conforme nos aponta à psicóloga NOELY MONTES MORAES, professora da PUC-SP:

"A etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo".<sup>14</sup>

Embora haja esse comportamento, os princípios morais que ainda se encontram enraizados em nossa sociedade, impedem o reconhecimento do concubinato<sup>15</sup> como sendo um arranjo familiar equiparável à União Estável<sup>16</sup>, por exemplo. Por conta dessa dificuldade, os efeitos jurídicos decorrentes da constituição de família, quais sejam: direito aos alimentos, à habitação, dentre outros, não são assegurados aos concubinos, tal relacionamento é regido pelo Direito Obrigacional, na qualidade de mera sociedade de fato, sendo unicamente garantida a partilha se houver construção conjunta de patrimônio, com o intuito de vedar o enriquecimento sem causa do concubino casado, conforme súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (STF), a seguir exposta:

#### “Súmula 380

---

<sup>14</sup>“O Fim da Monogamia?”, reportagem da *Revista Galileu*, publicação da Editora Globo, outubro de 2007, p. 41, *apud*, GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume VI: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 459 e 460. Código Civil de 2002:

<sup>15</sup>Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

<sup>16</sup>Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO ENTRE OS CONCUBINOS, É CABÍVEL A SUA DISSOLUÇÃO JUDICIAL, COM A PARTILHA DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM.”<sup>17</sup>

Com todas as mudanças sociais ao longo desses anos, percebe-se que o fundamento criador principal das entidades familiares é o afeto, sendo afastado o entendimento tradicional de família formada somente pelo matrimônio, através disso, busca-se proteger as relações baseadas no sentimento; algumas inclusive já alcançaram tal proteção jurídica, como a união homoafetiva, portanto, observada esta essência também no concubinato naqueles casos em que não há apenas envolvimento sexual e sim a real construção do vínculo afetivo entre os seus membros, este merece nova análise à luz das transformações sociais, pois sempre existiu e ignorar essa realidade importar em desrespeito ao Princípio norteador da Dignidade da Pessoa Humana.

## **6. O CONCUBINATO COMO ENTIDADE FAMILIAR**

Doutrina e jurisprudência, mormente, enveredam pela alternativa de conferir ao concubinato tratamento jurídico do que se convencionou chamar união estável putativa, e somente, nesse caso, se o companheiro não tinha ciência do estado de casado(a) da outra pessoa, pois que, presume-se de má-fé se tinha consciência e não obstante mantém relacionamento afetivo com tal pessoa, circunstância em que não terá qualquer amparo legal. Quando muito recebe tutela do ramo obrigacional, tendo em vista a proibição do enriquecimento sem causa - se restou comprovado que o amante colaborou para a construção de patrimônio comum - situação a qual denomina-se a relação entre os envolvidos de sociedade de fato.

Alternativa, no mínimo, incoerente, se visualizarmos que o amante não prestou compromisso perante ninguém de fidelidade, portanto não maculou o princípio da monogamia, e, no entanto, se finda a relação este restará em maior desvantagem.

O equívoco em reprovar a conduta do amante mais do que a da pessoa infiel é mais uma demonstração do quanto a repulsa social pelo instituto do concubinato tem gerado injustiça e aflição.

Por não ter a união paralela socorro do Direito de Família, nota-se, de longe, o desacordo de tal entendimento com o Texto Maior pátrio, que em nenhum momento designou

---

<sup>17</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 380. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400).

o conceito dicotômico de união “pura/impura”, muito menos estabeleceu *numerus clausus* no que tange quais modelos podem ou não ser considerados como entidades familiares, nem designou requisitos ou exigências imprescindíveis à caracterização das mesmas. O que a Constituição, de fato, assevera é a importância do núcleo familiar como base da sociedade e a especial proteção do Estado como garantia imprescindível à sua existência.

“Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria 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, negritos à parte).”<sup>18</sup>

Não há aqui que se justificar a conduta da traição e muito menos fomentar que a mesma, repugnada pelo princípio da Eticidade, se permeie na esfera social. Busca-se evitar, no entanto, que se mantenha apatia à relação jurídica gerada pela comunidade de pessoas que se forma a partir deste tipo de conduta, bem como até mesmo desestimular estas práticas em razão da responsabilidade que poderá surgir pela constituição desta espécie de relação afetiva reconhecido o seu *status familiae*.

Se o indivíduo, pois, mesmo em desacordo com o dever de fidelidade, estabelece com outra pessoa, laços de afeto, mútua assistência, companheirismo, confiança, partilha de vida, intimidade e necessidades de toda ordem, e até o próprio patrimônio, se os mesmos colaboram afetiva e economicamente um com o outro, pode o Direito portar-se com indiferença?

Aquela união paralela estável, contínua e duradoura, e principalmente, que brotou pelo afeto que envolve as pessoas em questão, gera consequências jurídicas, e o dever que se impõe ao Estado é de proteger tal entidade. Deve-se, pois reconhecer que, de fato e de direito, se constituiu uma família, que se configura não como um fim em si mesmo, mas como meio para realização pessoal dos indivíduos envolvidos.

A pretensão de tornar tal instituto, como visto tão especial, equivalente a sociedade de fato, não passa de manobra macabra de maquiar inegável realidade com fim a preservar

---

<sup>18</sup>Voto vencido ministro Carlos Ayres Brito no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-jun-03/concubina\\_ao\\_direito\\_dividir\\_pensao\\_viuva](http://www.conjur.com.br/2008-jun-03/concubina_ao_direito_dividir_pensao_viuva).

valores morais arcaicos e desprovidos de probidade e verdade. Afinal a mera sociedade de fato não pressupõe as particularidades de afeto e partilha de vidas...

“Agora, para a configuração da união estável basta identificar os pressupostos da lei, entre os quais não se encontra nem o direito à exclusividade e nem o dever de fidelidade. Assim, imperioso que se cumpra a lei, que se reconheça a união estável quando presentes os requisitos legais a sua identificação, ainda que se constate multiplicidade de relacionamentos concomitantes.”<sup>19</sup>

## 6. OS REQUISITOS

Existe grande divergência na doutrina e jurisprudência a respeito do reconhecimento das relações paralelas de afeto. A legislação brasileira não faz menção a esse tipo de situação.

Primeiramente, é válido ressaltar que não estamos discutindo aqui relações passageiras, motivadas pela animação do momento. Trata-se de relações duradouras, estáveis, públicas e com intenção de construir família

O concubinato poderá ser caracterizado pela boa-fé ou má-fé da concubina, ou concubino. O homem ou mulher, que mantém relação com uma pessoa, fora de seu casamento ou união estável, sem que esta saiba, caracteriza a boa-fé da concubina. Entretanto, tal fato ainda não gerou uma consonância na doutrina.

Rolf Madaleno, doutrinador brasileiro, em seu livro “Curso de direito de família”<sup>20</sup>, defende que em caso de boa-fé a relação deve ser reconhecida e a concubina terá todos os direitos inerentes à relação de afeto.

Entretanto, há julgado do STJ que não aceita o reconhecimento:

“União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96.

1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo.

2. Recurso especial conhecido e provido.”<sup>21</sup>

<sup>19</sup>DIAS, Maria Berenice. *Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. Disponível em: [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)

<sup>20</sup>MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.819.

<sup>21</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial: 789293 RJ 2005/0165379-8. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173239/recurso-especial-resp-789293-rj-2005-0165379-8>.

Deve ser analisado que a pessoa no caso hipotético acreditava estar construindo uma relação livre de qualquer tipo de vício. Não tinha conhecimento da condição do infiel. O direito, como disseminador da justiça, não pode deixar que a concubina, também ludibriada, sofra as consequências, devendo reconhecer o direito da concubina de maneira equiparada a do cônjuge ou companheiro, pois, na situação fática, era isso que era ela representava.

Com referência a má fé do concubino, ou seja, quando uma pessoa estabelece uma relação de afeto com outro, sabendo da sua condição de casada ou em união estável, também não há unanimidade. Entretanto, em uma relação duradoura, estável, o concubino acaba por contribuir na formação de um patrimônio comum. Portanto, mesmo que o concubino tivesse conhecimento da situação do companheiro, o direito não pode coadunar com situações de injustiça.

## **7. NOVOS HORIZONTES À PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONCUBINATO: NEM TUDO ESTÁ PERDIDO!**

Todo o esforço no sentido de trazer reconhecimento, como família, ao concubinato, buscado por doutrinadores modernos e principalmente pela outra parte, a concubina, tem a finalidade de assegurar a esta os mesmos direitos existentes da União Estável, ou seja, ir além do âmbito obrigacional (sociedade de fato) e ver garantido o direito à meação, à pensão alimentícia, à sucessão, dentre outros.

Nossos tribunais continuam com dificuldades em enxergar tal relação como possível arranjo familiar, muito por conta do conservadorismo jurídico, utilizando-se do posicionamento que prestigia a Monogamia, de acordo com as seguintes decisões, por exemplo, do Tribunal Regional Federal – 2ª Região. **Apelação Cível nº200651140003940 RJ 2006.51.14.000394-0**. Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em 21 de junho de 2010:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR MILITAR. SEPARAÇÃO DE FATO. INOCORRÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DAS “FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS”. ANÁLISE DE PROVA. IMPROVIMENTO.

1.O tema em debate diz respeito à suposta condição de pensionista em razão da morte de ex-militar na condição de companheira. O militar era casado e, consoante as provas produzidas nos autos, ainda mantinha de fato seu casamento.

2. Após o advento da Constituição Federal de 1988, mormente diante da regra expressa contida no artigo 226, § 3º, finalmente foi reconhecida oficialmente a família constituída entre companheiros, inclusive para fins de proteção estatal.

3. O companheirismo, ou união estável” (na terminologia adotada pelo legislador constituinte) é a união extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida e d'almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável.

4. Um dos requisitos objetivos para a configuração do companheirismo (ou união estável”, na terminologia constitucional) é a ausência de impedimentos matrimoniais, ressalvada a possibilidade de o companheiro que tem o estado civil de casado encontrar-se separado de fato de seu cônjuge (CC, art. 1.723 § 1º).

5. No julgamento do Recurso Especial nº 397.762/BA, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal concluiu, por maioria de votos, que não há como reconhecer as denominadas famílias simultâneas” no sistema jurídico brasileiro. A hipótese era de concubinato (CC, art. 1.727), e não de companheirismo (CC, art. 1.723, caput) e, por isso, não reconheceu direito à pensão em favor de concubina (e não companheira).

6. A hipótese é análoga à presente, não havendo qualquer sentido em se admitir o concubinato para fins de produção de efeitos jurídicos, mesmo no campo previdenciário lato sensu.

7. Recurso conhecido e improvido, para o fim de manter a sentença.”

E do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Agravo Regimental de Recurso Especial, **AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.344.664 - RS (2012/0195969-7)**, Ministro Relator Humberto Martins, em 06 de novembro de 2012:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO. CONCUBINATO. RATEIO DA PENSÃO ENTRE A CONCUBINA E A VIÚVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual a agravante objetivava o recebimento de cota da pensão instituída por falecido militar, com quem alegava viver em união estável. Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, determinando-se a partilha da pensão entre a agravante, a viúva e os filhos do militar, decisão essa mantida pelo Tribunal de origem. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é possível o rateio de pensão entre a viúva e a companheira com quem o instituidor da pensão mantinha união estável, assim entendida aquela na qual inexistente impedimento para a convalidação do relacionamento em casamento, que somente não se concretiza pela vontade dos conviventes. Nos casos em que o instituidor da pensão falece no estado de casado, necessário se faz que estivesse separado de fato, convivendo unicamente com a companheira, para que esta possa fazer jus ao recebimento da pensão. 3. No caso dos autos, todavia, não se verifica a existência de relação estável, mas, sim, de concubinato, pois o instituidor da pensão "manteve os dois relacionamentos por um longo período concomitantemente", consoante consta do acórdão recorrido, o que impossibilita o recebimento de pensão pela agravante, na esteira do entendimento jurisprudencial deste Tribunal. Agravo regimental improvido.

Existe a possibilidade de ser considerado o concubinato como união estável putativa, quando se verifica a inocência da parceira quanto à relação concomitante que o outro vivia, ou seja, fica demonstrada a boa-fé daquela, sendo assim, terá acesso aos direitos (familiares), ao contrário, se aquela tiver ciência de toda a situação, o vínculo antes reconhecido, agora será inexistente. E novamente, restará configurado que a parte mais fraca, no caso a concubina,

perde, em relação ao parceiro, o verdadeiro responsável por essa ruptura com o dever de fidelidade determinado para os relacionamentos abarcados por nosso Código Civil, visto que é ele quem decide manter uniões simultâneas, mesmo havendo impedimentos jurídicos.

Interessante ressaltar que apesar desse pensamento predominante em nosso ordenamento, existem alguns julgados, ainda isolados, mas diferenciados em relação a essa temática. Recentemente a 3ª Turma do STJ fez quando determinou o pagamento de pensão alimentícia a mulher que viveu por 40 (quarenta) anos o concubinato e a decisão monocrática da Juíza Amini Haddad Campos, da 1ª Vara de Família de Cuiabá, onde houve a equiparação com o instituto do casamento, a seguir expostas, respectivamente.

“A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu a favor do pagamento de pensão alimentícia para uma mulher que, ao longo de 40 anos, manteve relação de concubinato com um homem casado. Os ministros ressaltaram que a decisão foi tomada com base nas peculiaridades do caso, visando a preservar os princípios da dignidade e solidariedade humanas. Consta dos autos que a concubina, hoje com mais de 70 anos de idade, dependia financeiramente do réu porque, quando jovem, desistiu da carreira profissional para se dedicar ao parceiro – que admitiu tê-la sustentado espontaneamente durante todo o relacionamento amoroso. “Foi ele quem deu ensejo a essa situação e não pode, agora, beneficiar-se dos próprios atos”, declarou o relator do processo, ministro João Otávio de Noronha.”<sup>22</sup>

“Juíza equipara concubinato a casamento e divide bens.  
(...)Para a juíza da 1ª Vara de Família de Cuiabá, não se trata simplesmente de uma traição, mas de um núcleo familiar constituído e mantido durante anos, com afeto mútuo, respeito e companheirismo. “Nessa situação, pode-se considerar que o esforço e a dedicação da autora são equiparados à da esposa legítima, tendo em que vista que a primeira também desenvolveu atividade nessa condição, administrando a casa, os pertences do casal, acompanhando/chefiando os empregados da fazenda, e, portanto, direitos devem ser assegurados”, concluiu (...).”<sup>23</sup>

Em suma, estas decisões estão voltadas a garantia dos Princípios básicos e fundamentais, a Dignidade da Pessoa Humana, a Afetividade, buscando analisar todo o contexto de vida das tais pessoas, a partir de uma perspectiva mais humana, social e não restrita, por completo, a legislação civilista.

---

<sup>22</sup> Superior Tribunal de Justiça. Mulher com mais de 70 anos receberá pensão alimentícia após 40 de concubinato. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/179189724/mulher-com-mais-de-70-anos-recebera-pensao-alimenticia-apos-40-de-concubinato>>. Acesso em 27 abr. 2015.

<sup>23</sup> MAATSUURA, Lilian. **Juíza equipara concubinato a casamento e divide bens**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/juiza-equipara-concubinato-casamento-garante-partilha-bens>>. Acesso em 27 abr. 2015.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de família tem ganhado amplitude dentro da nossa realidade, se modificou a análise daquela ao observar a importância do afeto como essência das relações pessoais, graças à nova ordem trazida pela Constituição Federal de 1988 e as interpretações judiciais que buscam dar efetividade aos direitos fundamentais. E por conta dessa nova conjuntura, os novos arranjos familiares estão tendo visibilidade e reconhecimento.

Todavia, existem situações, como a do concubinato, que poderia ser ponderada em favor dos relacionamentos simultâneos construídos sob os mesmos requisitos determinados legalmente para a construção da família (respeito, amor, caráter de durabilidade e continuidade), desse modo, é justo que haja a equiparação com as demais relações, tendo como consequência direta a garantia aos direitos previdenciários, sucessórios e outros decorrentes desta formação.

O preconceito que parte da sociedade reside na não aceitação da diversidade de uniões variadas e multiformes que divergem do modelo tradicionalista de família, no entanto tal percepção não pode ser motivo suficiente para o Poder Judiciário negar esta realidade, presente em vários litígios, que merecem a apreciação adequada conforme os ideais constitucionais, cujas decisões isoladas, citadas ao longo do trabalho indicam possíveis mudanças nesse âmbito do direito de família, tão essencial à nossa sociedade. Logo, depois de tudo que foi discutido, parece-nos contraditório não reconhecer uma entidade familiar, não importando como ela tenha sido formada. A família é base da sociedade e deve ser defendida a todo custo.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drummond. Poema **As sem-razões do amor**. Disponível em: <http://www.vidaempoesia.com.br/carlosdrummond.htm>

ARISTÓTELES. **Política**. 3 ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília - UNB, 1997.

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA- Concubina não tem direito a dividir pensão com viúva<sup>3</sup> de junho de 2008, 22h17. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-jun-03/concubina\\_ao\\_direito\\_dividir\\_pensao\\_viuva](http://www.conjur.com.br/2008-jun-03/concubina_ao_direito_dividir_pensao_viuva). Acesso em: 24 de abril de 2015.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **O conceito de união estável e concubinato nos os tribunais nacionais**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5910](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5910)>. Acesso em 24 abr. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br). Acesso em: 23abr2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; **FILHO PAMPLONA, Rodolfo**. **Novo Curso de Direito Civil, volume VI: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon. **Filiação e Reprodução Assistida – Introdução ao tema sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MAATSUURA, Lilian. **Juíza equipara concubinato a casamento e divide bens**. Revista Consultor Jurídico, em julho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/juiza-equipara-concubinato-casamento-garante-partilha-bens>>. Acesso em 27 abr. 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.819.

OLIVEIRA, Suzana. **Direito sucessório e o reconhecimento de famílias simultâneas**. Revista **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4153, 14 nov. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30049>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Mulher com mais de 70 anos receberá pensão alimentícia após 40 de concubinato. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/179189724/mulher-com-mais-de-70-anos-recebera-pensao-alimenticia-apos-40-de-concubinato>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. TRF-2 - APELAÇÃO CIVEL: AC 200651140003940 RJ 2006.51.14.000394-0. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15681474/apelacao-civel-ac-200651140003940-rj-20065114000394-0>>. Acesso em: 27 abr. 2015.