

**UNIJUÍ - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

ALEXANDRE RENE OPPERMANN

**FAMILIAS PARALELAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DAS GARANTIAS
AO CONCUBINATO ADULTERINO**

Três Passos (RS)
2013

ALEXANDRE RENE OPPERMANN

**FAMILIAS PARALELAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DAS GARANTIAS
AO CONCUBINATO ADULTERINO**

Trabalho de Conclusão do Curso de
Graduação em Direito objetivando a
aprovação no componente curricular
Trabalho de Curso - TC.

UNIJUÍ - Universidade Regional do
Noroeste do Estado do Rio Grande do
Sul.

DEJ- Departamento de Estudos Jurídicos.

Orientador: MSc. Marcelo Loeblein dos Santos

Três Passos (RS)
2013

Dedico este trabalho a minha família, em especial a minha mãe diante de todo seu sacrifício em detrimento a seus filhos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que apesar dos pesares fora sempre à fonte de esperança e fé.

À minha insubstituível e incomparável mãe, Maria Terezinha Heck, senhora do seu destino, pai e mãe ao mesmo tempo, maior que o meu amor por ti não há.

À meu irmão, José Ricardo Oppermann, que sempre me apoiou e ajudou, a quem admiro, respeito e amo muito, pessoa de um caráter sem igual, por quem eu me espelho.

Aos meus professores, que durante toda minha jornada nunca falharam, em especial ao meu orientador Marcelo Loeblein dos Santos, pessoa pela qual tenho enorme gratidão.

E, por fim, mas não menos especial, a todas as outras pessoas que de uma forma ou de outra me auxiliaram durante minha jornada acadêmica.

“O principal objetivo da vida é a construção de uma família.” J.B. HUGHES

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por finalidade estudar as diferentes concepções de justiça a cerca do concubinato, da família e suas ramificações, ou seja, de forma mais especifica o conceito de família antigamente e atual, o seu surgimento e sua evolução histórica. O principio da poligamia, a aceitação de duas ou mais esposas concomitantemente, e o principio da monogamia, uma única esposa sem que pudesse ter relacionamentos paralelos. A evolução das relações inter pessoas. O surgimento da união estável frente a discriminação do concubinato puro. A concretização da união estável e o surgimento do concubinato adúltero. A jurisprudência e as súmulas relativas ao concubinato.

Palavras-Chave: Concubinato puro. Concubinato adúltero. União estável. Famílias paralelas.

ABSTRACT

This work of completion was to study the different conceptions of justice about concubinage, family and their ramifications, ie, more specific the concept of family past and present, its appearance and its historical evolution. The principle of polygamy, the acceptance of two or more wives simultaneously, and the principle of monogamy, one wife who could not have parallel relationships. The evolution of inter people. The emergence of stable forehead discrimination pure concubinage. The achievement of a stable union and the emergence of concubinage adulterous. The case law and precedents relating to concubinage.

Keywords: Concubinage pure. Concubinage adulterous. Stable. Families parallel.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1 A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL | 11 |
| 1.1 O surgimento da família e o princípio da monogamia..... | 11 |
| 1.2 Os motivos da poligamia na antiguidade..... | 15 |
| 1.3 A concretização da monogamia..... | 17 |
| 2 AS RELAÇÕES CONJUGAIS ATUAIS | 19 |
| 2.1 União estável x concubinato | 20 |
| 2.2 Concubinato puro e impuro..... | 20 |
| 2.3 Do concubinato puro para a união estável | 23 |
| 3 CONCUBINATO ADULTERINO: FAMÍLIAS PARALELAS | 29 |
| 3.1 O concubinato frente a jurisprudência..... | 30 |
| 3.2 O concubinato frente as súmulas | 35 |
| CONCLUSÃO | 39 |
| REFERÊNCIAS..... | 41 |

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por finalidade estudar as diferentes concepções de justiça a cerca do concubinato, da família e suas ramificações, ou seja, de forma mais especifica o conceito de família antigamente e atual, sua evolução histórica e de forma mais concentrada o concubinato adúltero.

Com a sociedade familiar sofrendo diversas mudanças, pois de certa forma a concepção de família está mudando com o passar dos anos, a atualização acerca dos direitos relativos à sucessão dentro da entidade familiar é algo de suma importância. Sendo que, antigamente a família era composta por um homem, uma mulher e ascendentes, nos tempos atuais esta sociedade passa a ser composta de varias formas e de diversas quantidades, ao passo que uma pessoa pode ter diversas famílias, algo que na visão jurídica isto não é permitido.

Para a realização deste trabalho foram efetuadas pesquisas bibliográficas e por meio eletrônico, analisando-se ainda as recentes mudanças do ordenamento jurídico, além de se confrontar a legislação recente e, para fins de contextualização histórica as já revogadas, eis que a finalidade é enriquecer a busca de informações e permitir um aprofundamento no estudo do referido tema.

Em um primeiro momento abordar-se-á a evolução histórica da família e os fundamentos que norteiam este instituto. Eis que com a evolução dos costumes esta entidade ganhou diversas formas, além de se formar por diversas maneiras, algumas, muitas vezes, até discriminadas pela sociedade.

No segundo capítulo tratar-se-á acerca da união estável, um novo instituto criado para que os casos, antes desprovidos do poder Estatal, possam ser eivados de direito e deveres. Busca-se abordar as diferenças existentes entre união estável e o concubinato, visando enquadrá-los no nosso ordenamento jurídico a fim de que se possam solucionar os conflitos oriundos destes institutos.

Já no terceiro e último capítulo, far-se-á uma pesquisa jurisprudencial, além de súmulas, frente a grande divergência entre a doutrina e os julgados, passados e presentes, referente aos temas concubinato e união estável.

1 A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Buscar-se-á neste capítulo fazer um resgate da evolução da família e os fundamentos que norteiam este instituto. Eis que com a evolução dos costumes esta entidade ganhou diversas formas, além de se formar por diversas maneiras, algumas, muitas vezes, até discriminadas pela sociedade.

A constituição da entidade familiar, nos tempos atuais, é dada de varias formas, eis que podem ser constituídas de relações monoparentais, homoafetivas, de apenas irmãos que vivem juntos, dentre outras tantas formas.

Para Pereira (2012, pag. 1) a família não é um fato da natureza, e sim da cultura. Uma vez que sofre diversas mudanças com o passar do tempo. Cada sociedade, por ter uma cultura típica, pode constituir diferentes formas de família. Em seu ver, o doutrinador, demonstra que caberá ao ordenamento jurídico regular e proteger os direitos e deveres oriundos destas instituições.

1.1 O surgimento da família e o principio da monogamia

Diante disto, o significado da palavra família, nos tempos atuais, pode ter varias ramificações, eis que, a organização que da origem ao vocábulo é muito antiga e desconhecida, sendo que cada área das ciências humanas possui uma definição para tal termo em específico.

Ao se ter uma palavra tão ampla, sua conceituação fica extremamente complexa, sendo que tal conceito, com o passar dos anos, sofre alterações e avarias. O Direito, uma área baseada em conceitos, até hoje não consegue definir um significado conclusivo, único e imutável, devido ao fato que a sociedade que da origem a família esta em constante mudança.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 15, grifo do autor), fomenta, em sua obra, que na Roma antiga, a família tinha como pilar fundamental o princípio da autoridade, uma vez que o pai exercia sobre sua família poder absoluto, podendo

até decidir sobre a vida ou morte de seus filhos, e a mulher era totalmente subordinada às decisões do patriarca. O autor demonstra que:

O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os descendentes.

Fica claro, na explicação do autor, que o pai era o centro da família, e suas decisões eram supremas.

Silvio de Salvo Venosa (2004, pag. 18), em uma de suas obras nos traz que:

Eram dois os sentidos empregados para o termo família para os juristas romanos. Em sentido amplo, abrangia o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum e sob cujo poder estavam caso ele estivesse vivo. Em sentido restrito, para caracterizar o próprio status familiae: de um lado, existe o pater familias, que não está subordinado a nenhum ascendente vivo masculino e, de outro, as famílias, que abrangem todas as demais pessoas que estavam sob a potestas do pater.

Venosa (2004) demonstra ainda que ao se dar origem a uma entidade familiar, seja ela consanguínea ou por laços de afeto, poderá esta se romper, pela morte do pater familias, sendo que, devido a isto, dividia-se a família por quantas fossem as pessoas do sexo masculino, ou seja, a morte do patriarca da família consagrava na criação de outras novas famílias, e assim sucessivamente.

Para Gonçalves (2007, p. 1, grifo do autor), em sentido “*lato sensu*, o vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligados por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum bem como unidas pela afinidade e pela adoção”, ou seja, todas as pessoas que estão ligadas por um vínculo sanguíneo ou afetivo, são consideradas como integrantes de uma família, sendo que compreende o cônjuge, o companheiro ou qualquer tipo de parente e afins.

De outra monta, ao se analisar a evolução do Homem, percebe-se que o mesmo sempre se manteve em grupo, e nunca sozinho, eis que essa convivência com diversos seres, de certa forma, sempre possibilitou ao mesmo a faculdade de se relacionar com todos, e sendo assim, é algo do instinto do ser humano a convivência com mais de um ser de sua espécie. A história demonstra, que desde a Roma antiga, a convivência era livre, sendo que não estavam ligadas por um vínculo como o casamento.

Segundo leciona Sérgio Lessa (2013), a origem da família monogâmica é algo impreciso, eis que, sua formação, tem início na transição do Homem para a sociedade de classes, ou seja, o Homem passa a buscar sua sobrevivência de forma individual, não mais coletiva, sendo necessário, para isso, a destruição dos laços que os ligavam ao grupo, onde, de certa forma, se criava um grupo privado dos demais, de forma compacta.

Ao passo que se busca a formação de uma entidade familiar, surge, em data imprecisa, o instituto do matrimônio. O casamento passa a ser o instrumento pelo qual se torna legítima a união entre duas pessoas do sexo oposto.

Na visão de Gonçalves (2007, pag. 1), “o Cristianismo elevou o casamento à dignidade de um sacramento”. Sendo que para Caio Mário da Silva Pereira (apud GONÇALVES, 2007, p. 22, grifo do autor) “um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual (*caro una, uma só carne*), e de maneira indissolúvel (*quos Deus coniunxit, homo non separet*)”.

Josserand (apud GONÇALVES, 2007) já trazia em seus ensinamentos que o instituto do casamento é uma união entre um homem e uma mulher em conformidade com a lei, algo que mudou com o passar dos anos.

Friedrich Engels (1984, pag. 1) traz a evolução da família, eis que, em sua obra, o autor leciona sobre a dita Família Sindiásmica, que, por sua semelhança, se defronta com a entidade familiar tida nos tempos atuais, a monogâmica, eis que o

homem tinha uma esposa em específico, entretanto possuía o direito de ter relações paralelas a este matrimônio, como discorre o doutrinador:

Neste estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado.

Nota-se uma grande discriminação e submissão por parte das mulheres frente ao direito dos homens, eis que o mesmo podia ser infiel, já em contrapartida a mulher, sua esposa, de forma alguma poderia, e se fosse seria cruelmente castigada.

De outra monta, a poligamia torna-se pouco comum, não por uma mudança na sociedade, e sim por uma crise financeira, eis que manter-se mais de uma concubina era algo extremamente caro.

Ainda sob os ensinamentos de Engels (1984, pag. 1), demonstra que a Família Sindiásmica não se concretizou nas sociedades, eis que nasce a Família Monogâmica, onde, devido à evolução da entidade familiar, esta vem ganhando aprimoramentos, de forma natural, e até os tempos atuais ganha contornos diversos o de sua origem, apesar de que, quando instituído, a monogamia, seu principal benefício era visto como patrimonial, assim como demonstra o autor:

Foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente. Os gregos proclamavam abertamente que os únicos objetivos da monogamia eram a preponderância do homem na família e a procriação de filhos que só pudessem ser seus para herdar dele. Quanto ao mais, o casamento era para eles uma carga, um dever para com os deuses, o Estado e seus antepassados, dever que estavam obrigados a cumprir. Em Atenas, a lei não apenas impunha o matrimônio como, ainda, obrigava o marido a um mínimo determinado do que se chama de obrigações conjugais.

A entidade matrimonial, após evolução até os tempos atuais, em seu fundamento basilar, tem como prisma o princípio da monogamia, não o mesmo citado por Engels, eis que o casal tem o dever, um com o outro, de fidelidade, sendo

que é inadmissível a possibilidade de surtir o concubinato dentro destas relações. Entretanto, tal princípio, é visto mais como uma referência social e não como uma imposição legal, desta forma, por não ser passível de sanção por parte do Estado, na atualidade, é que o mesmo não é respeitado.

1.2 Os motivos da poligamia na antiguidade

Desde os tempos antes de Cristo é que se tem informações sobre as relações extraconjugais cometidas pelo Homem. Ao se analisar o antigo testamento da Bíblia Católica, a lei determinava a pena de apedrejamento, a quem fosse pego cometendo adultério, entretanto, como se admitia a poligamia entre os homens, somente se configurava tal delito e tal punição, quando a mulher, casada, praticava adultério, como no caso Maria Madalena, a qual, após imputações que a mesma havia cometido tal crime, fora apedrejada¹.

É muito ampla a possibilidade de definição de algum ou alguns motivos para a constituição de famílias paralelas, ou somente de relações apenas com intuito carnal, eis que ao se buscar tal motivação, percebe-se que a maioria dos casos, na época de Roma, esta vinculado às guerras e geralmente a condição financeira.

Era muito comum a poligamia na antiguidade, em alguns povos era algo costumeiro um homem possuir mais de uma esposa. Há, no velho testamento da Bíblia Católica, no livro Genesis 32:22, várias citações de personagens bíblicos que possuíam duas ou mais mulheres, como caso de Jacó que teve treze filhos com suas duas esposas e com as suas servas, algo que não é comum nos tempos atuais, entretanto não é impossível que algo assim ocorra.

A possibilidade de possuir diversas esposas, na poligamia, passa a reduzir extremamente os casos de concubinato, pois não haveria motivo para se manter um relacionamento sem o consentimento da esposa, eis que esta, por ser inferior ao homem, naquele tempo, não tinha direito a expressar sua vontade.

¹Bíblia Sagrada Católica, "Os escribas e fariseus trouxeram a Jesus uma mulher q fora apanhada em adultério. Puseram-na no meio da multidão e disseram - agora mesmo este mulher foi apanhada em adultério, a lei de Moises nos manda apedrejá-la[...]" (João 8:3-5).

A poligamia, por ser um instituto em que o homem é quem exerce o poder de família, e há total subordinação da mulher, não muitos casos de divórcio, eis que a cultura destes povos vem no sentido de que, a mulher pertence a um só homem, e este, ao não querer mais a mesma, rejeita-a, sendo que não é bem visto, ao demais da sociedade, o homem que se casar com uma mulher que fora rejeitada.

Vitor Frederico Kümpel (2007) em seu estudo leciona que:

Os povos da antigüidade, em sua grande maioria, só aceitavam a poligamia masculina porque não gerava incerteza na transmissão de bens. Ademais, para eles, a poligamia trazia como benefícios a sobrevivência dos povos e a redução de adultérios. Os povos antigos puniam a falta de fidelidade feminina, sendo que a poligamia era socialmente aceita e as mulheres conviviam entre si, não havendo qualquer ausência de fidelidade, pois todas elas se reportavam aos seus homens.

Kümpel (2007) demonstra que com o passar dos anos, quando a ideia de propriedade privada começa a se aperfeiçoar, os homens passam a diferenciar as esposas da concubinas, a fim de restringir a herança a alguns filhos, em detrimento aos outros, sendo que somente os filhos da esposa legítima passam a ter direito sobre os bens do espólio, de outra monta, as concubinas não detinham direito algum, e a prole concebida deste relacionamento era rejeitada, não só pelo genitor mas como pela sociedade em geral.

Não há quase registros de casos de concubinato cometido por homem com mulher casada, devido ao fato de que a punição aplicada a estes casos era a pena de morte a ambos as partes. De certa forma, algo extremamente radical, entretanto, tinha-se esta pena a finalidade de exatamente coibir tais atos, visto que os ensinamentos religiosos eram extremamente contra ao adultério cometido pela mulher.

Ainda embasado nos ensinamento de Kümpel (2007), verifica-se o concubinato sob o prisma do famoso código de Hamurabi, eis que cita o autor:

A Babilônia, conforme se verifica por meio do Código de Hamurabi, adotou a monogamia, com rígida fidelidade conjugal. O adultério era punido com a morte por afogamento, sendo que a mulher poderia ser repudiada pelo marido, que a lançava totalmente despida na rua. Se o adultério fosse masculino, a pena de morte só era aplicada à mulher casada que com ele adulterava. Caso a mulher não fosse casada e tivesse sido forçada à relação sexual, poderia o homem sofrer a pena de morte, mas apenas se a mulher tivesse sido forçada à relação sexual. Pelo exposto, observa-se que não havia igualdade de tratamento. Conclui-se, portanto, que não havia concubinato adúltero que permitisse qualquer efeito jurídico.

Amparado a esses fatos é que se evoluiu a concepção de família, sempre visando à proteção total ao princípio da monogamia, buscando, de certa forma, oprimir as famílias paralelas, não no sentido de se excluir o direito a elas inertes, mas sim com a finalidade de garantir que estas não existam e que não se crie uma parcialidade para com a entidade familiar constituída pelo matrimônio.

1.3 A concretização da monogamia

Ao tentar proteger o instituto do matrimônio, concretizado por ato público, visando garantir a este os direitos incidentes da propriedade de família, é que o princípio da monogamia, nos tempos atuais, é fundamental. Entretanto ainda há resquícios de poligamia, mas não é o mais adotado.

Percebe-se que tais fundamentos são trazidos aos ordenamentos por intermédio das religiões, as quais derivam de ensinamentos muitas vezes mitificados, trazidos por seres divinos, que de alguma forma transcreveram lições a serem seguidas, como no caso da Bíblia sagrada católica, do Alcorão entre outros. Tais ensinamentos buscam organizar a sociedade de modo geral.

Outro ponto que é de se ressaltar é a quase que imutabilidade do termo concubinato, pois sempre serviu para denominar as relações extraconjugais, fora do casamento, mesmo que de forma consentida e da mesma forma o posicionamento de diversas doutrinas, eis que nenhuma passou de do repúdio ao concubinato a aceitação do mesmo, sempre vieram no sentido de existir só uma relação principal e outras concomitantes.

Elisa Maria Nunes da Silva (2013, pag. 1), em seu ensinamento, fomenta que no Brasil, a constituição de 1916 não definiu um conceito claro acerca da família, conforme demonstra:

O Código Civil de 1916 não definiu um conceito de família, embora tenha definido a sua legitimidade conforme art 229 CC/16 in verbis: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos.” Portanto através deste artigo foi considerado o primeiro efeito do casamento: o de legitimar a família.

Nota-se que o ordenamento estava eivado de obscuridade, eis que não havia uma definição clara sobre a entidade familiar. Entretanto, mesmo com tanta imprecisão, o mesmo trazia em seus artigos uma serie de ônus as concubinas, eis que, assim demonstra em seu estudo a referida autora, pois, foram impostas restrições ao direito das concubinas a fim de proteger, primeiramente, a família oriunda do matrimônio, primeiramente descriminando os filhos concebidos desta relação paralela, além de impedir que a mesma recebesse bens deixados em testamento pelo seu concubino.

Silva (2013, pag. 1) apresenta em seu trabalho, o artigo 363, I da Constituição de 1916, conforme segue:

Podemos citar como ato discriminatório o art 363, I CC/16 que dizia a respeito sobre os filhos bastardos que postulavam ser reconhecidos pelo pai: “Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art 183 I a VI CC/16, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: Se ao tempo da concepção a mãe estava concubiada com o pretendido pai”.

A discriminação constante no artigo é deveras acentuada, eis que da entrada em vigor do Código Civil de 1988, tal artigo foi banido do ordenamento, vindo, então a prevalecer o principio da igualdade entre os filhos, não podendo haver distinção entre os filhos tidos sob a égide do matrimônio dos concebidos de uma relação paralela ao casamento.

Tais inovações no âmbito jurídico, é que passa, no Brasil, a se concretiza definitivamente o instituto do matrimônio, onde para Constituição Federal de 1988, passa a surgir um novo dispositivo, a União Estável, utilizada para, de certa forma,

oficializar as relações com intuito de constituição de família, sem que haja algum tipo de impedimento matrimonial.

Diante deste novo instituto criado pelo legislador, é que o termo concubinato passa a ser tratado como uma relação de forma paralela ao casamento, pois o concubino ou a concubina estão impedidos de contraírem novo matrimônio, eis que já estão casados ou possuem de forma oficializada a união estável, sendo que o concubinato é trazido ao ordenamento de forma oprimida, visando sempre sua inferioridade em relação ao casamento e a união estável, tão somente contra a concubina (o), pois os filhos tidos nesta relação passam a ser dotados de direitos sucessórios, vista ao princípio da igualdade entre os filhos.

Ao passo que se cria novos institutos dotados de direito fica necessário que se adeque as relações conjugais a ele. Eis que com essas mudanças o ordenamento jurídico fica apto a, de certa forma, a novos conceitos, novas concepções, como no caso, sobre as instituições que formam a família.

As relações conjugais atuais, tema abordado no próximo capítulo, vêm no sentido de relatar tais evoluções e buscar adequá-las ao ordenamento atual, confrontando a união estável com o concubinato adulterino, além de trazer a concepção da doutrina e da jurisprudência frente a tais casos.

2 AS RELAÇÕES CONJUGAIS ATUAIS

No presente capítulo serão abordadas as diferenças existentes entre união estável e o concubinato, visando enquadrá-los no nosso ordenamento jurídico a fim de que se possa solucionar os conflitos oriundos destes institutos jurídicos dotados de direitos e deveres.

Buscar-se-á, também, o posicionamento de doutrinadores e da jurisprudência nos casos onde há litígios que se enquadrem nos referidos institutos, eis que a principal função deste estudo é ampliar a possibilidade de soluções às demandas judiciais.

2.1 União estável x concubinato

A união de duas pessoas com o intuito de coabitar e constituir família é dotado de direitos e deveres. A mais antiga união conhecida é o instituto do matrimônio, sendo que na concepção de Gonçalves (2007) frente ao artigo 229 do Código Civil de 1916, somente era considerada como família aquela tida dentro dos regramentos do casamento, eis que para as relações que se concebiam fora deste instituto eram consideradas ilegítimas, não eram dotadas de direitos tão pouco de deveres, sendo que eram chamadas de concubinato.

Em seu estudo Gonçalves (2007, p. 12) traz que no vigor do Código Civil de 1916, as relações denominadas de concubinato não tinha nenhum direito perante a justiça, por não serem aceitas pela carta magna e tão pouco pelo Código Civil. Tão grande era a resistência da sociedade, que a legislação da época, somente trazia, em alguns dispositivos, restrições a esse modo de convivência, como salienta o autor “proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida”.

Ao tentar se mensurar a quão grande era a discriminação do concubinato, nota-se que até mesmo os filhos tidos destas relações paralelas ao casamento sofriam de forma contundente, eis que eram considerados ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei, assim como demonstra Gonçalves (2007). O autor refere-se ao artigo 358 do mencionado Código Civil de 1916, que proibia expressamente que os filhos tidos de relações adulterinas fossem reconhecidos.

2.2 Concubinato puro e impuro

Ao se trazer o conceito de concubinato e toda sua discriminação, doutrinadores passaram a criar ramificações para o termo concubinato, distinguindo-o pelos efeitos que poderiam criar. Eis que Maria Helena Diniz (2005) traz duas ramificações do termo concubinato, que são o concubinato puro e o impuro.

Quando o termo concubinato é expresso, tem-se a certeza de que se trata de uma relação na qual não há uma união regulamentada pelo Estado, ou seja, não está assegurado nenhum tipo de direito a esta relação. Entretanto Diniz (2005) demonstra que ter-se-á o dito concubinato puro, quando uma relação, da qual não há impedimentos de ambos os lados, for duradoura e com os mesmos regramentos da união estável, ou seja, concubinato puro é quando duas pessoas sejam elas solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou de fato, não estando comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária, juntam-se com o intuito de coabitar e constituir família, sem que esta união esteja regrada pelo instituto da união estável, eis que esta dita relação possa ser convertida em união estável ou casamento. Em outras palavras, concubinato puro é o simples ato de conviver com uma determinada pessoa, com o intuito de *affectio maritalis*,² sem que esta união esteja regrada pelo Estado.

Diniz (2005, p. 372) conceitua concubinato impuro como sendo aquele que há uma relação não eventual em que um ou ambos dos agentes concubinários esta impedido de contrair matrimônio, eis que já o tem ou, devido a algum outro impedimento, não pode contrai-lo. Ainda demonstra que “No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (CC, art. 1727), visto não poder ser convertido em casamento”.

Além da primeira distinção trazida pela doutrinadora, de concubinato puro e impuro, há mais uma diversificação do concubinato impuro, sendo que este, por sua vez, apresenta-se como concubinato adúlterino e incestuoso, eis que o adúlterino estaria representado pela constituição, de certa forma, de duas famílias, uma paralela a outra, onde se mantem, juntamente à família matrimonial, uma família concubinária. Já o concubinato incestuoso também ocorre nos casos onde há uma relação entre as pessoas impedidas, uma delas ou ambas, mas, além disso, caracteriza-se especialmente pelo fato destas possuírem parentesco próximo.

Silvio Rodrigues (2002, p. 288) também traz a distinção entre concubinato puro e impuro ou impróprio, eis que o impuro, na concepção do autor, seria aquele

² *Affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família. Gonçalves (2007, p. 551).

onde a relação não preenche os requisitos para que se haja a caracterização da união estável, uma vez que esta relação não possui estabilidade, é meramente passageira. O puro, por sua vez, converteu-se em união estável, como assevera o autor:

Entretanto, faz-se distinção dessa relação com aquelas outras que não preenchem os requisitos de caracterização da união estável, como o vínculo adulterino, sem estabilidade, passageiro etc. Para esses casos, utiliza-se a qualificação, já há muito conhecida, de concubinato impuro ou impróprio, que, como tal, não produz efeitos enquanto união estável. Aliás, na doutrina e jurisprudência, antes mesmo da Constituição, já se classificava o concubinato em puro (ou próprio), e impuro (ou impróprio), permitindo ao primeiro a produção de alguns efeitos, como a partilha de bens [...] e reservando ao segundo as restrições contidas no Código.

Tal distinção entre os tipos de concubinato, tanto o puro quanto o impuro, é algo já concretizado pela doutrina, como demonstra o referido autor. Grifasse o fato de que até mesmo antes da promulgação da Constituição tal classificação do termo concubinato já era asseverada pela doutrina e jurisprudência.

Além destas distinções pode-se criar uma terceira, que seria o concubinato adulterino de boa fé, que nada mais é do que a falta de conhecimento dos impedimentos para contrair matrimônio, de um companheiro para com o outro. Nesse sentido se apresenta o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos a fatos novos supervenientes. Inteligência do art. 397 do CPC. 2. Tendo o relacionamento perdurado até o falecimento do varão e se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta indubitosa a affectio maritalis. 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o de cujus, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré. Recurso provido. (Apelação Cível Nº 70025094707, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves).

Apesar de se qualificar como concubinato adúltero, o julgador, muito provável para não criar direitos, deu o nome desta relação de união estável putativa, que em singelas palavras é o concubinato adúltero de boa fé, eis que uma das partes não sabia da existência de uma relação matrimonial de seu companheiro.

2.3 Do concubinato puro para a união estável

Entretanto, com o passar dos anos, o Homem evoluiu e passou a criar novos institutos, também dotados de prerrogativas, que o possibilitaram possuir uma família sem que fosse necessário contrair casamento, muitas vezes visando à preservação do seu patrimônio, eis que é algo que, por muitas vezes, é relativamente de um valor pecuniário elevado, além de muitas outras regras estarem elencadas para que o contrato de casamento seja formalizado.

Nesta linha, percebendo a extrema quantidade de relações que não possuíam um instituto reconhecido pelo Estado, que pudesse solucionar os conflitos oriundos destas relações, é que veio a Carta Magna de 1988, reconhecida Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 226, § 3º, salientando que “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”.

Desta forma, o legislador criando um novo instituto, possibilitou a união de duas pessoas, sendo que, estas, passam a ser dotadas da proteção do Estado, mesmo não sendo casadas. Surge o instituto da União Estável, onde para Euclides de Oliveira (2003 apud PEREIRA, 2012, p. 46):

a união entre o homem e a mulher, com o intuito de vida em comum, sem as formalidades do casamento. Correspondendo à chamada ‘união livre’ ou informal, porque sem as peças da celebração oficial e dos regramentos estabelecidos para as pessoas casadas.

Euclides (2003) traz um singelo conceito de união estável, demonstrando que o convívio entre o homem e mulher, para que haja a possibilidade de surtirem os direitos inertes a tal instituto, é necessário que ambos tenham consigo o desejo de

partilhar a vida em comum, sendo que não recairá sobre esta relação os regramentos, como diz o autor, estabelecidos no matrimônio.

Diniz (2005, p. 375, grifo do autor) também demonstra que o concubinato puro passou a ser reconhecido, pela Constituição Federal de 1988, como União Estável, como segue:

O concubinato *puro* (união estável) foi reconhecido pela Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 3º, como entidade familiar, mas em nosso ordenamento jurídico encontram-se algumas normas jurídicas que reprovam o concubinato impuro (CC, art. 1.727), [...]

Sendo assim, é possível, nos dias atuais, que duas pessoas se unam sem que haja o matrimônio e mesmo assim ambos estarão amparados pelo estado, sendo necessário apenas que se formalize esta união sob a égide do instituto da União Estável. A maioria dos direitos que estariam assegurados pelo casamento passam a estar presentes neste novo instituto.

Sendo o Direito uma área tão ampla é que ao se sanar uma dúvida surtem outras tantas, estas denominadas no âmbito jurídico de lacunas, local onde se da origem ao cientista jurídico, aquele que busca solucionar estes empasses, adequando o ordenamento estes determinados casos, antes sem solução.

Ao criar um instituto novo chamado de União Estável, na visão de Pereira (2012), o legislador da Constituição Federal de 1988, busca, de certa forma, eliminar o preconceito existente na palavra “concubinato” (grifo nosso), pois como demonstra o autor, tal termo ao longo dos anos ganhou o contexto de algo impuro, uma ofensa a quem assim fosse chamado.

Ao se referir a alguém como concubina (o), pelo preconceito existente, estar-se-á impugnando uma conduta moral e sexual negativa em vista à sociedade. Eis que esse termo era usado para se definir pessoas que possuíam um estilo de vida diverso ao esperado, algo que contradissesse com o comportamento de pessoas ilibadas, aludindo a uma relação conjugal desonesta.

Helena da Silva Lima (apud GOMES, Cristiane Trani, p. 4-5), demonstra que:

A mulher torna-se concubina, não porque seja imoral, mas porque é um ser humano dotado dessas mesmas exigências morais e materiais que a vida tem aumentado, não podendo fugir ao drama da sua geração e de seu mundo. O direito não pode ser insensível a fatos dessa ordem, de extrema repercussão social, bastando considerar que o concubinato, muitas vezes desvia o homem, a mulher e a criança dos caminhos malsãos a que o abandono e a solidão os poderiam atrair, criando a família, a paz individual e social, a felicidade e a harmonia mesmo fora das convenções. Repugna admitir que muitas dessas mulheres que se tornaram o centro da vida doméstica, o elemento básico de geração de filhos, de sua criação e educação, e fato principal de coesão familiar, companheira do homem na sua luta pela vida, incentivando-o e tantas vezes levantando-o e restituindo-o, moral e fisicamente válido à sociedade, não tenha uma criatura dessas direitos algum; que a sociedade dela receba tudo e não lhe dê coisa alguma.

A autora tenta demonstrar que a não só a mulher como também o homem, ao dar início a uma relação concubinária não tem a intenção de apenas a formação de uma família, mas sim buscam a felicidade, de certa forma, fugindo da solidão. Não se pode atribuir a todos os casos concubinários à má-fé, eis que muitas vezes essas relações estão dotadas de um *affectio maritalis* muito maior do que o da relação matrimonial primeira, ou seja, a relação de concubinato, às vezes, por ser tão contínua e duradoura, poderá ocasionar na dissolução da união principal, o casamento, buscando, então, que se possa atribuir algum direito a união concubinária.

Ao se chegar a este ponto é que o legislador visou, ao criar o instituto da União Estável, remover o preconceito existente na palavra, desta forma que descreve Rodrigo da C. Pereira (2012, p. 17-18) “Em poucas palavras, concubinato é a união estável no mesmo ou em teto diferente, do homem com a mulher, que não são ligados entre si por matrimônio”.

O autor traz, em seu estudo, algo extremamente complexo, eis que o mesmo defronta união estável ao concubinato buscando igualá-los, visa extinguir as diferenças existentes entre os institutos. Pereira (2012) demonstra que a nova união estável nada mais é do que o concubinato não adulterino, pois os princípios que norteiam os institutos são os mesmos, sendo que a finalidade é a constituição de

uma família sem que haja o regramento das leis do casamento. Entretanto, o que percebe-se é a grande dificuldade que se tem em diversificar o concubinato, que passa a ser a união estável, do simples acordo de namoro, diga-se de passagem que seja algo acordado tendo em vista o comprometimento de fidelidade imposto.

Ao acordarem em dar início a relação de namoro, o casal, da mesma forma que na união estável e no casamento, tem, de certo modo, o direito de cobrar de seu companheiro fidelidade, algo que deve ser recíproco por ele. A principal finalidade do namoro é partilhar da vida em comum a fim de que se conheça a outra pessoa, visando, futuramente, a transformação desta relação em união estável ou até em casamento, o mais habitual.

Eis o ponto em que se torna impreciso para o juiz, quando de alguma demanda de reconhecimento de união estável, descobrir o momento exato que se forma o instituto, pois o âmbito de constituir uma família é algo muito relativo para as partes, cada pessoa tem seus desejos, suas vontades, e é devido a isto que a principal característica deste instituto, que é o desejo dos indivíduos em construir família, o *affectio maritalis*, fica obscuro para o magistrado.

Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 18) em sua obra traz o conceito das expressões união estável e concubinato, com suas definidas ramificações:

Assim, a expressão “união estável”, adotada pela atual Constituição brasileira, veio substituir a expressão “concubinato”. Podemos dizer, então, que união estável é o concubinato “não adúltero”. O “concubinato adúltero”, em razão do princípio jurídico da monogamia, não recebe a mesma proteção do “não adúltero”, como expressou o art. 1.727 do CC/2002. Os direitos decorrentes do concubinato como relação paralela ao casamento ou à união estável sempre encontravam respaldo na teoria da sociedade de fato, no campo do direito obrigacional.

O autor demonstra que o termo concubinato passa a ser tratado como o concubinato adúltero, eis que a união estável passa a ser um instituto dotado de prerrogativas, substituindo assim o concubinato não adúltero, pois este visa à criação de uma entidade familiar.

Pereira (2012, p. 18) em seu estudo traz algo muito concreto e sucinto ao tentar buscar uma distinção entre a união estável e o concubinato, no sentido de proteção a mulher. O autor exemplifica uma situação onde o concubinato adulterino estaria ligado à pessoa do homem, eis que excepcionalmente as mulheres constituiriam ou manteriam uma relação paralela ao casamento, pois, como discorre o autor, “até por razões biológicas, pois uma gravidez certamente revelaria o estado de simultaneidade dessas relações”.

De outra monta, o doutrinador, ao mesmo tempo em que visa proteger a mulher, traz uma teoria de responsabilidade pelos atos tidos pelas duas partes, tanto do homem casado como da mulher concubina, sendo que esta mulher, ao preferir manter um relacionamento com alguém que está impedido de casar, passa a não ser mais tratada como vítima, uma vez que é plenamente capaz e responde pelos seus atos, suas vontades. Pereira (2012, p. 18) traz o entendimento de que as demandas devem ser tratadas uma a uma, caso a caso, na tentativa de se chegar à verossimilhança de forma mais concreta possível, pois não é em todas as relações que há a má fé, sempre haverá, como diz o autor, “a parte economicamente mais fraca, que foi enganada pelo parceiro, o qual não revelou o seu verdadeiro estado civil”.

Rodrigo da Cunha Pereira (apud GOMES, Cristiane Trani, p. 4), se posiciona de tal forma:

Mesmo que a relação com a ‘outra’ se assemelhe ao concubinato e constitua, em alguns casos, uma sociedade de fato, passível de partilhamento dos bens adquiridos pelo esforço comum, não se pode identifica-la ao concubinato no moderno sentido da expressão. Em outras palavras, o direito não protege o concubinato adulterino. A amante, a amásia, ou qualquer nomeação que se dê à pessoa que, paralelamente ao vínculo do casamento, mantém uma ou outra relação, uma segunda ou terceira [...] ela será sempre a outra, ou o outro, que não tem lugar em uma sociedade monogâmica [...] É impossível ao Direito proteger as duas situações concomitantemente, sob pena de se destruir toda a lógica do nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a proteção do Estado às relações concubinárias, como entidade familiar, é somente aquelas não-adulterinas.

O autor demonstra que não é possível, dentro do ordenamento jurídico, que haja o reconhecimento dos dois institutos, um paralelo ao outro, a união estável e o

concubinato adúltero, entretanto o mesmo mudou seu posicionamento em sua publicação revisada.

Na mesma linha, ao se analisar a lição de Maria Berenice Dias (2007, p. 59), tem-se que:

Pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um, ou pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel. Resta ele com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro.

Nota-se, pelos ensinamentos da doutrinadora, que o legislador, ao tentar proteger as relações tidas como corretas pelo estado, como união estável e casamento, está deixando lacunas na lei, visto que não estão amparadas pelo ordenamento jurídico as relações tidas como paralelas, como no caso do concubinato adúltero, pois salvaguardando os direitos de uma parte e deixando a outra a margem da lei, sem proteção alguma, estará favorecendo o enriquecimento ilícito. A estas relações, sem proteção, estar-se-á criando um paradoxo, pois surte uma contradição lógica, eis que a principal finalidade do ordenamento jurídico é a justiça.

Devido a este e a outros fatos é que as relações paralelas ao casamento eram tidas apenas como relações subordinadas ao Direito das Obrigações e nunca ao Direito de Família, pelo simples fato de se entender que desta relação adúltera não poderia se formar a família e sim apenas uma relação de consumo.

Em detrimento a este preceito é que o Deputado Ricardo Fiuza autor do Projeto de Lei nº 6.960/2002 trazia inúmeras modificações aos artigos do Código Civil de 2002, entre eles o artigo 1.727, onde o original é “Artigo 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Entretanto o referido projeto propunha a seguinte reforma:

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar e que não estejam separados de fato, constituem concubinato, aplicando-se a este, mediante comprovação da existência de sociedade de fato, as regras do contrato de sociedade. Parágrafo único. As relações meramente afetivas e sexuais, entre o homem e a mulher, não geram efeitos patrimoniais, nem assistenciais.

Diante de tal Projeto, percebe-se que o legislador de certa forma estava equivocando, eis que primeiramente busca retirar as relações adúlteras do campo do Direito de Família, entretanto ao ler-se o enunciado do parágrafo único pode-se ter a ideia, *a contrario sensu*³, de que das relações que não tinham como escopo o mero ato afetivo e sexual gerariam efeitos patrimoniais e assistências, como no caso as famílias paralelas.

Ainda há de se salientar a possibilidade de constituição de união estável mesmo não estando devidamente divorciado, como fundamenta o artigo 1.723, § 1º do Código Civil de 2002:

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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Ao surgirem inúmeras demandas é que passa a se fixar no ordenamento o termo concubinato adúltero e em razão disto passou a se formar jurisprudências e diversas súmulas sobre o tema, como será demonstrado no próximo capítulo.

3 CONCUBINATO ADULTERINO: FAMILIAS PARALELAS

Ao se analisar a evolução das entidades familiares nota-se a grande divergência entre a doutrina e a jurisprudência a respeito do concubinato, devido ao

³ *A contrario sensu*: Em sentido contrário. Argumento de interpretação que considera válido ou permitido o contrário do que tiver sido proibido ou limitado. Disponível em <<http://jb.jusbrasil.com.br/definicoes/100006269/a-contrario-sensu>>.

fato de que há muita resistência de certos doutrinadores em reconhecer que, além da união estável, o concubinato também venha auferir os devidos efeitos patrimoniais.

3.1 O concubinato frente à jurisprudência

Edgard de Moura Bittencourt (apud GOMES, [s.d] p. 12) demonstra, desde os anos 60, que vários tribunais reconheciam o concubinato adúltero como um instituto jurídico passível de direito e deveres, eis que fomenta o seguinte:

Diversos arestos dos tribunais brasileiro apoiam a tese de que o concubinato adúltero não exclui, a priori, a possibilidade de vir a mulher a demandar seus direitos. A legitimidade ad causam lhe é reconhecida. Assim também a legitimidade ad processum.

Gomes ([s.d.], p.12), em seu estudo, traz um julgado no mesmo sentido, como segue:

Ação contra homem casado. Por ser casado, o concubino, não exclui, a priori, a possibilidade de vir a concubina demandar seus direitos. É sabido que o concubinato é uma situação de fato que demanda prova para que decorram efeitos jurídicos. E tal prova há de ser a mais ampla e ilimitada, a partir da prova escrita até indícios, presunções e circunstancia, passando, quase que obrigatoriamente, pela prova testemunhal – o que exige instrução em audiência (TJPA, Ap. Cível n; 1.411-96).

Nota-se que desde muito tempo é algo, de certa forma, normal para o Homem a possibilidade de se relacionar de forma extraconjugal, e percebe-se, também, o entendimento no mesmo sentido dos tribunais, apesar de sempre se buscar com que o ser humano adote o princípio da monogamia.

Em análise do julgamento do Recurso Especial REsp 979562, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconheceu a divisão de pensão por morte entre duas ex-companheiras do falecido.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a existência de duas uniões estáveis simultâneas com o mesmo homem. Além de confirmar que haveria

dependência econômica de ambas em relação ao falecido, e devido a este fato as duas ex-companheiras deveriam dividir a pensão por morte. Algo extremamente recente, acontecido na data de 09 de abril de 2013, e ao discorrer sobre o caso em questão, o julgador assim disse:

[...] Entretanto, a questão posta nos autos revela-se mais complexa. Restou evidenciado que o servidor falecido mantinha convivência marital em períodos simultâneos com ambas as requerentes, inclusive com geração de prole.

À vista destas considerações, tenho que a configuração da união estável entre o segurado falecido com duas mulheres, em concomitância, desde que as provas produzidas nos autos não deixem dúvidas acerca da união estável [...]

Restou comprovado pelas provas arroladas pelas partes a convivência contínua, com intuito de formação familiar, devido a estes e a outros fatos é que o julgador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu as duas uniões estáveis com a mesma pessoa, no caso o homem com duas mulheres.

Este julgado passa, de certa forma, a revolucionar o ordenamento jurídico. Casos como este são inúmeros, e é necessário que a doutrina e concomitância com a jurisprudência construam soluções adequadas, pois não reconhecendo a união estável em uma das relações, o papel do judiciário estaria sendo realizado pela metade, visto que o intuito era a formação da entidade familiar, sendo que ficou comprovado a boa-fé, algo de suma importância.

Em pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, encontra-se um julgado datado de 05 de julho de 1966, apesar do mesmo não possui inteiro teor, pode se notar uma relação concubinária constituída por meados dos anos 60, eis que a ementa assim está posta:

Ementa: A REMUNERAÇÃO DA CONCUBINA NÃO SE ENQUADRA NO ESTRITO CONCEITO DE SALÁRIO, EMPREGADO NO ART. 178 § 10, INC. V, DO CÓD. CIVIL. TRATANDO-SE DE **CONCUBINATO ADULTERINO**, A DOAÇÃO DE JÓIAS TEM APÓIO NO ART. 1.177 DO CÓD. CIVIL. UMA VEZ DESFEITO O **CONCUBINATO**, INCUMBE À CONCUBINA RESSARCIR À SUCESSÃO PELO USO DO PRÉDIO, EM QUE CONTINUOU RESIDINDO, PARA QUE ESSA RENDA VENHA A

SER PARTILHADA ENTRE TODOS OS HERDEIROS, LEGÍTIMOS OU NÃO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (Apelação Cível Nº 29336, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Dutra, Julgado em 05/07/1966).

Em uma tentativa de entendimento do referido julgado, pode-se exprimir que, tratava-se de uma relação concubinária paralela ao casamento, onde, buscou-se, judicialmente, como era de costume, amparar a concubina enquadrando-a na situação de prestadora de serviços do de cujos, e assim visando com que a mesma não precisasse ressarcir o valor pecuniário, pelo uso de algum imóvel, para os sucessores do de cujos, ora concubino. Entretanto o magistrado, em desacordo, manifestou-se no sentido de a mesma não se enquadra como prestadora de serviços, e sim como concubina, na forma adúltera, como visto anteriormente, visto que tratava-se de uma relação duradoura e não tinha por objetivo a dita prestação de serviço. Razão pela qual a mesma fora condenada a ressarcir os valores, pelo uso do imóvel, para os herdeiros.

Neste sentido é que Pereira (2012, p. 105-106) demonstra em seu estudo, que, antes da instituição da Constituição Federal de 1988, até mesmo as relações tidas como concubinato puro, aquelas que podem se converter em casamento eis que não possuem nenhum tipo de impedimento para que isso aconteça, os concubinários não poderiam reivindicar alimentos em decorrência desta relação, sendo que a alternativa que se encontrou para sanar tal problema foi a de discutir perante a justiça a possibilidade de indenização por serviços prestados de um concubino a outro, normalmente da mulher para o homem. Devido a isto é que o autor traz os seguintes julgados:

Na existência de patrimônio formado pelo esforço comum, no curso da sociedade concubinária, devem ser indenizados os serviços domésticos prestados pela concubina, uma vez comprovados (TJSC, Ap. 23.639, 1ª Câm. Cív., Rel. Des. Napoleão Amarante, v.u. em 7-1-1985, JC 51/104).

Evidencia que a pensão judicial fixada em razão de concubinato, ao longo de vinte anos de vida em comum, acha-se representada por importância correspondente a um salário mínimo, que nada mais é que uma prestação mínima de trabalho serviçal exercido, julgada suficiente para satisfazer às necessidades ordinárias de alimentação, habitação, vestuário,

higiene e transporte, justo se afigura a pretensão recursal no sentido de que seja descontado, na folha de pagamento do agravado, o valor da pensão atribuída à agravante, dado o seu caráter alimentar, posto que se destina a atender às necessidades de sua manutenção ou de sua própria sobrevivência, o que encontra supedâneo nos arts. 649, IV, e 734, do CPC (TJPR, AI 259/89, 3ª Câm. Cív., Rel. Des. Silva Wolff, v. u. em 29-8-1989, PR*Jud* 31-55).

É notável a linha adotada pelos magistrados em aceitar com que a concubina tivesse a prerrogativa de receber uma indenização pelos serviços prestados ao concubino, mesmo que os julgados são datados do ano de 1985 e outro de 1989, quando mudou a constituição, entretanto, com esses entendimentos qual seria o sentido da expressão utilizada pelos magistrados quando se referem a serviços prestados? Uma vez que se tem certeza de que a relação de concubinato não derivaria para nenhum tipo de relação de trabalho, em resposta a isto é que Pereira (2012) discorre que tais julgamentos estão contraditórios, eis que caso se tratasse de uma relação trabalhista, o juízo competente seria a Justiça do Trabalho. Ademais, tratando-se de uma relação da qual derivaria alguma indenização, deverá haver algum dano, sendo que é meio improvável que se comprove o tal.

Leciona Gagliano e Filho (2011) que durante muito tempo esta ação de indenizatória por serviços prestados foi admitida, visando, frente a lacuna legislativa, evitar o enriquecimento sem causa no caso do homem concubino, eis que era o único meio judicial que podia se buscar um amparo material a companheira desprovida.

Asseveram ainda, Gagliano e Filho (2011, p. 413) que devido a uma “evolução jurisprudencial”, como descrito pelos mesmos, passou-se a admitir, nas relações concubinárias puras a existência de uma sociedade de fato, eis que a concretização de tal fato se deu na data de 3 de abril de 1964, onde em uma Sessão Plenária do Supremo Tribunal Federal editou-se a súmula 380, que, no mesmo sentido, traz os seguintes termos:

STF Súmula nº 380 - 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277.

Comprovação - Existência de Sociedade de Fato - Cabimento - Dissolução Judicial - Partilha do Patrimônio Adquirido pelo Esforço Comum

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.

Apesar de tal Súmula, datada do ano de 1964, diversos tribunais ainda continuaram aceitando ações fundadas no direito da concubina ser derivado pelos serviços prestados, entretanto a linha que se adotou deriva das primeiras decisões, como segue a ementa:

Caracterizada a sociedade de fato e havendo a comprovação da participação da companheira nos bens adquiridos durante o período concubinário, terá ela, em consequência, direito à partilha do patrimônio: não se formando o patrimônio comum, faz jus à indenização correspondente aos serviços domésticos prestados (TAMG, Ap. 119.119-5, Rel. Juiz Abreu Leite, em 5-11-1991, RJTAMG 46/295).

Fica claro, que tal decisão se funda no direito da companheira à indenização, pois como esta demonstrado na ementa, não havendo bens adquiridos pelo esforço comum, a concubina faz jus à indenização pelos serviços que prestou durante o relacionamento, de certa forma, no entendimento do magistrado, apesar da mesma não ter contribuído diretamente para a aquisição dos bens, ela prestou serviços domésticos para com o seu companheiro, o que, na visão do desembargador, passa a ser uma contribuição indireta na construção dos bens do casal, mesmo que na constância da relação não se tivesse sido adquirido nenhum bem, mas ao menos manteve-se o que se tinha antes.

Apesar de muita contradição no ordenamento jurídico, diversos tribunais passaram a reconhecer a colaboração da concubina na aquisição dos bens, quando de uma relação paralela ao casamento, devido ao fato de que a mesma contribuía ao tomar conta do lar. Entretanto, não houve, ainda, o reconhecimento do concubinato adúltero como uma entidade familiar passível de direito e deveres, apesar de que se comprove a intenção de constituir família (*affectio maritalis*), e que dessa relação tenha frutos, como os filhos, como demonstra a seguinte ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. CONCUBINATO ADULTERINO. PESSOA QUE SEMPRE SE MANTEVE NO ESTADO DE CASADO E CONVIVENDO COM A CÔNJUGE E FILHOS. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA. CABIMENTO. AGRAVO RETIDO. NÃO-CONHECIMENTO. 1. Não merece ser conhecido o agravo retido, quando no recurso de apelação a recorrente não pede seja ele apreciado. Inteligência do art. 523, § 1º, do CPC. 2. A monogamia constitui princípio que informa o direito matrimonial, não se podendo reconhecer um concubinato adúlterino como sendo união estável. 3. A união estável pressupõe a existência de uma relação afetiva pública e notória, com manifesto ânimo de constituir um núcleo familiar. 4. Constituiu concubinato adúlterino a relação entretida pela autora com o réu, pois, ele não apenas era casado, como mantinha vida conjugal com a esposa. Inteligência do art. 1.727 do Código Civil. 5. Não comprovada a entidade familiar, mas admitido pelo réu que a autora tenha concorrido para aquisição de bens, evidenciada a existência de sociedade de fato. 6. Comprovada a existência de sociedade de fato é possível partilhar os bens obtidos pelo esforço comum dos litigantes. Recurso provido, em parte. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70041309352, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2012).

Na dita ementa, pode-se notar que o magistrado salienta o fato de que o réu, ora concubino, mantinha relação com a esposa o que impossibilita a criação do instituto da união estável. De outra monta, como discorre o relator, a união estável estaria fundada caso se comprovasse a relação afetiva pública e notória, tal relação por muitas vezes é comprovada, por meio de testemunhas e documentos, eis que o concubinato adúlterino está consagrado nas relações que não tenham uma finalidade esporádica, ou seja, trata-se de uma relação duradoura e por muitas vezes sabida por muitos, apesar de surtirem casos onde a notoriedade da relação adúlterina é de extremo conhecimento de toda a sociedade.

3.2 O concubinato frente às súmulas

Devido ao fato de o concubinato ser um tema tão complexo, é que os Tribunais passaram a editar súmulas visando uma unificação e uma interpretação pacífica dos Juízos a respeito deste tema.

Eis que desde o ano de 1963, data da edição da primeira súmula, vêm, o Supremo Tribunal Federal, buscando esclarecer os preceitos normativos constantes

na legislação vigente. Desta forma neste ano fora publicado a súmula nº 35, a qual é o primeiro entendimento adotado pelo Supremo a cerca do tema concubinato, que, constante na referida súmula, tem o mesmo significado da dita união estável nos tempos atuais, sendo expressa da seguinte forma, “Súmula 35. Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

Em meado dos anos 1964 houve a publicação da súmula nº 380, que trouxe uma revolução ao ordenamento jurídico, pois como dito anteriormente, nesta época, não se admitia que os bens fossem partilhados entre duas pessoas que convivessem junto, mesmo com o intuito de constituir família, sem que fossem tivessem o vinculo do matrimonio contraído. Entretanto com a edição da referida súmula que demonstra o seguinte, “Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Passa-se a ter o regime de comunhão parcial de bens, visto que os bens que fossem adquiridos na constância da união e pelo esforço mutuo, passam a ser propriedade de ambos.

Com a evolução dos julgados e a constante evolução da sociedade, em um todo, passa, o ordenamento jurídico, a vislumbrar o fato de que formavam-se famílias de modo diverso ao comum, eis que não havia mais a dita convivência sobre o mesmo teto, e em detrimento a esta evolução, diante das muitas divergências dos tribunais, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 382 que afirma que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”, ou seja, não é mais necessário, para que se comprove uma união com intuito de constituir família, que os companheiros residam sob o mesmo teto.

Para Gonçalves (2007, p. 549) a convivência *more uxório*, relatada na súmula 382 do STF, é de certa forma controversa, eis que “é difícil [...] imaginar que o casal tenha a intenção de constituir família se não tem vida em comum sob o mesmo teto”. Assevera ainda que a tal entendimento foi editada em uma época em que se dava extrema importância para o reconhecimento dos direitos da concubina, frente a

criação de uma sociedade de fato, pois tal relação não era fundada na convivência sob o mesmo teto.

No ano de 1964, já em favor aos filhos tidos das relações paralelas, editou-se a Súmula 447 do Supremo Tribunal Federal onde na sua íntegra dispunha que “é válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com a sua concubina”. Já no ano de 1988 a Constituição Federal que entrou em vigor trouxe o princípio da igualdade entre os filhos onde o artigo 227, § 6º, da Constituição prevê que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 extinguiu-se o Tribunal Federal de Recursos, entretanto suas súmulas traziam direitos para com a concubina.

Em meados de 1982 fora publicada a súmula nº 122 do extinto TFR, onde, em sua íntegra, está disposto que “a companheira, atendidos os requisitos legais, faz jus a pensão do segurado falecido, quer em concorrência com os filhos do casal, quer em sucessão a estes, não constituindo obstáculo a ocorrência do óbito antes da vigência do Decreto-Lei 66, de 1966”. Ainda fora publicada a súmula nº 159, do mesmo Tribunal, que dizia que “é legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendido os requisitos exigidos”.

Nota-se que já havia uma possibilidade de a concubina adulterina em concorrer, com os filhos e com a esposa do de cujos, para o recebimento da pensão previdenciária, algo extremamente inovador no ordenamento.

Não há que se falar em inovar o ordenamento jurídico, criando direitos ao concubinato adulterino, entretanto o magistrado deverá analisar muito a fundo os casos, eis que para a transformação de uma relação paralela para a união estável basta o simples fato de que o concubino não conviva mais com a sua esposa e sim com a concubina, esta linha é muito tênue, o que em muitos casos passa despercebido pelo magistrado.

Frente ao que fora demonstrado, percebe-se a grande lacuna existente no ordenamento jurídico quando a demanda que esta em julgamento versa sobre o tema concubinato adulterino.

CONCLUSÃO

Diante da análise realizada ao longo desta monografia, percebe-se que historicamente o ordenamento jurídico se absteve de conceder direito aos relacionamentos tidos como paralelos ao casamento ou mesmo à união estável, tais relacionamentos concretizados pela doutrina e jurisprudência como concubinato adúltero.

Entretanto, diante do principal objetivo da justiça, que é a solução de todos os conflitos, e fundado na regra de que os magistrados não podem abster-se de julgar os casos em concreto, se faz necessário que todo e qualquer litígio que venha a ser discutido perante o Estado seja senado.

É algo comum nos tempos de hoje tais relações extraconjugais. Neste contexto, a temática possui especial relevância quando dimensionada a análise dos efeitos jurídicos, eis que com o passar dos anos novos conceitos foram criados, a entidade familiar sofreu diversas mudanças e juntamente a isso o ordenamento inovou, concedendo, por muitas vezes, direitos às relações concubinárias adúlteras.

Há de se salientar que, em consonância ao princípio da monogamia, não deve se conceder direitos aos concubinos, diga-se de passagem adúlteros, que, no uso da má fé, quando cientes dos impedimentos matrimoniais tidos, facultam o direito de manterem relações extraconjugais.

De outra monta, há casos onde, por muitas vezes, um ou ambos concubinos adúlteros, não tem ciência de tais impedimentos, constituindo sem o seu desejo um concubinato adúlterino, quando na realidade apenas estariam fitados na constituição de uma união estável, eis que deste relacionamento surte a boa fé. Diante deste caso, o julgador, em uma linha tênue, deverá pronunciar-se em favor dos concubinos, partindo do pressuposto do desconhecimento dos impedimentos e também do *affectio maritalis* de ambos, pois a intenção fora a de constituição de família.

O simples fato de haver impedimentos para realização do matrimônio não cria, ao Estado, o direito de impedir que os concubinos venham a relacionar-se. Não se pode ceifar o direito de livre arbítrio do ser humano, apesar deste não estar em consonância com os costumes locais.

Neste sentido é que pode se ter a conclusão de que há de se empregar direitos ao concubinato adúlterino, quando este se enquadrar na situação de constituição de família. Ou seja, quando de uma relação, apesar de estar dotada de vícios como no caso os impedimentos para casar, restar evidente o *affectio maritalis*, a notoriedade, a durabilidade da relação, a coabitação, a construção de um patrimônio comum, entre outros requisitos da união estável, não há como eximir direitos às partes, uma vez que estaria criando uma discriminação com os concubinos, eis que a concubina, por exemplo, estaria sendo prejudicada com tal omissão estatal.

E diante disto é que se deve criar direitos a estes relacionamentos adúlterinos, pois, por muitas vezes, cria-se uma entidade familiar, mesmo que à margem da lei.

Não obstante surte resultados positivos para com a doutrina, algo sempre a de se assimilar, eis que este é o principal objetivo deste estudo é auxiliar na compreensão do tema e quiçá a criação ou inovação de leis em especial.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/acf/jo/8>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Código civil lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 02 ago. 2013.

_____, Superior Tribunal Federal. **Resp: 979562**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em 23 abr. 2013.

_____. **Súmulas do supremo tribunal federal**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/sumulas_stf.htm>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. **Súmulas do Tribunal Federal de Recursos**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/sumulas_tfr.htm>. Acesso em: 21 out. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, **Família, ética e afeto**. Brasília: Consulex, 2004.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Disponível em: <<http://www.intersindical.inf.br/livros/A%20Origem%20da%20Familia,%20da%20Propriedade%20Privada%20e%20do%20Estado.pdf>>. Acesso em 30 out. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Cristiane Trani. **Consequências patrimoniais do concubinato adúltero**. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/cristianetranigomes.pdf>>. Acesso em 09 de set. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **O concubinato sob uma perspectiva histórica (antigüidade)**. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br/materias/noticias/concubinato-sob-uma-perspectiva-historica-antiguidade>>. Acesso em 10 jun. 2013.

LESSA, Sérgio. **Abaixo a família monogâmica**. Disponível em: <<http://www.direito.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/LESSASergio.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUADROS, Tiago. **O princípio da monogamia e o concubinato adúltero**. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil/tiago-quadros-principio-monogamia.PDF>>. Acesso em 27 abr. 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Héllen Katherine Clementino dos. **Concubinato adúltero e seus efeitos jurídicos**. Teresina, Jus Navigandi 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17385>>. Acesso em: 27 abr. 2013.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. Disponível em: <<http://direitodefamiliars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>>. Acesso em 30 abr. 2013.

SILVA, Elisa Maria Nunes da. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8878>. Acesso em: 15 jun. 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2004.