1 INTRODUÇÃO

Com as mudanças ocorridas na sociedade, a forma de convívio da humanidade vem adquirindo novas nuances, uma vez que a evolução histórica e os novos valores sociais acabaram refletindo na atual concepção da família.

Com o atual conceito de entidade familiar e mesmo com o dever do Estado em promover o bem estar de todos, ainda existe uma desproteção às entidades familiares que estão além do estabelecido na Constituição de 1988, mas que se fazem presentes de forma clara e assídua na sociedade.

Dentre os diversos tipos de entidades familiares, este estudo resolveu abordar o concubinato, evidenciando os seus reflexos jurídicos. Para se discutir propriamente o tema é necessário conceituar, focar a relevância jurídica e a mudança que esse instituto vem provocando na sociedade, bem como deixar clara as características, os tipos e seus efeitos jurídicos, demonstrando a posição que esse instituto representa, hoje, para o direito de família e para o ordenamento jurídico como um todo.

Em detrimento a essa desproteção estatal com as famílias constituídas sob a égide do concubinato, indaga-se: Quais são os direitos patrimoniais das concubinas? Como a jurisprudência tem se posicionado diante dos fatos inerentes aos direitos das relações concubinárias?

A relevância desse estudo consiste em demonstrar e refletir sobre a situação de diversas famílias, que mesmo não tendo seus direitos expressos no ordenamento jurídico, procuram reconhecê-los, através do mecanismo jurisdicional do Estado.

Diverso da união estável, o concubinato é um termo que especifica uma união formalizada pelas relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar e que, em virtude de se diferenciar dos padrões tradicionais de família, sofrem represálias sociais. Essa situação é mais comum quando o homem possui o impedimento e fixa outro relacionamento, com outra mulher.

Ocorre que, as concubinas por falta de informação, não sabem se fazem jus aos direitos patrimoniais e, acabam não os procurando, em casos, por exemplo, do falecimento do parceiro ou fim do relacionamento concubinário.

Sendo assim, pode-se afirmar que a principal diferença entre esses institutos ocorre na condição dos envolvidos: a união estável é uma relação vivida por pessoas sem quaisquer impedimentos para o matrimônio, se assim desejarem. No concubinato, ao menos uma das partes, possui algum impedimento.

Além do interesse pessoal do pesquisador, o tema se impõe em decorrência de diversas ações judiciais envolvendo os direitos das concubinas, tendo em vista que as relações afetivas entre homens e mulheres, podem, muitas vezes, terminar em uma relação triangular conhecida como concubinato. E ainda, por se tratar de um assunto bastante atual e frequente em nossa sociedade, afetando diretamente às entidades familiares hoje existentes.

Segundo Gil (2006), as pesquisas podem ser classificadas com base nos procedimentos técnicos utilizados. Sendo assim, esse estudo será realizado através de pesquisa bibliográfica, ou seja àquela que se desenvolve através de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

Esse estudo possui também uma abordagem qualitativa e seu método de análise é o indutivo, ou seja, àquele que parte de questões particulares até chegar a conclusões generalizadas, não havendo necessidade de realização de pesquisa de campo (OLIVEIRA,2002).

Para melhor estruturação da temática estudada, essa pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro aborda as questões históricas do concubinato, na busca de melhor entender a evolução e a situação atual desse instituto da família, além de trazer conceitos e princípios relacionados ao concubinato impuro.

O segundo capítulo trata das diferenças entre a União Estável e o Concubinato, mencionando os aspectos processuais no que concerne ao concubinato.

O terceiro capítulo retrata aos reflexos jurídicos do concubinato adulterino, evidenciando o posicionamento de doutrinadores e jurisprudência existentes a respeito do tema, no intuito de melhor compreender a situação da concubina frente a atual desproteção do Estado, para que assim se possa entender a realidade dessas famílias, e a partir daí proporcionar os direitos que a elas devem ser garantidos.

Ao final, será possível analisar se houve evolução concernente ao reconhecimento dos direitos das concubinas, em relação, principalmente, à partilha nos bens, pensão por morte e

herança, através da análise das posições doutrinárias e jurisprudenciais atualizadas.

2 CONCUBINATO

Considerando ter a presente monografia por objeto de estudo o concubinato frente ao Direito de Família, faz-se necessário, para um melhor entendimento sobre o tema, o estudo da concepção da família e entidade familiar, contemplando os conceitos e os princípios correlatos a esse direito, incluindo um breve histórico.

2.1 BREVE HISTÓRICO

O Código Civil de 1916 não trazia nenhuma previsão no sentido de atribuir quaisquer direitos às concubinas, muito pelo contrário, fazia referência a este instituto, no art. 1.719, apenas para excluí-las do direito sucessório.

Art. 1.719. Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários:

I. A pessoa que, a rogo, escreveu o testamento (arts. 1.638 n. I, 1.656 e 1.657), nem o seu cônjuge, ou os seus ascendentes, descendentes e irmãos.

II. As testemunhas do testamento.

III. A concubina do testador casado.

IV. O oficial público, civil ou militar, nem o comandante, ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer, ou aprovar o testamento.

Em setembro de 1942, foi editado o Decreto-Lei nº 4.737, reconhecendo a possibilidade de reconhecimento de um filho havido fora da relação matrimonial: “Art. 1º. O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação”.

Em 1944, foi publicado o Decreto-Lei nº 7.036, trazendo a igualdade entre a esposa legítima e a companheira, para fins de recebimento da indenização por morte do trabalhador falecido, desde que atendesse alguns requisitos, vejamos:

Art. 21. Quando do acidente resultar a morte, a indenização devida aos beneficiários da vítima corresponderá a uma soma calculada entre o máximo de quatro (4) anos e o mínimo de dois (2) anos da diária do acidentado, e será devida aos beneficiários, de acordo com as seguintes bases:

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, não haverá distinção entre os filhos de qualquer condição, bem como terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado, na carteira profissional, no registro de

empregados, ou por qualquer outro ato solene de manifestação de vontade.

Após, a Lei nº 883 de 1949 reafirma o disposto no Decreto-Lei nº 4.737, acrescentando no seu art. 1º. § 1º que: “Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável”.

Posteriormente, a Lei nº 12.004, de 2009, revogou a Lei nº 883 de 1949, acrescentando a hipótese de reconhecimento presumido da paternidade, dos filhos havidos fora do casamento, em caso de recusa do suposto pai em submeter-se a realização do exame de DNA.

2.2 FAMÍLIA E ENTIDADE FAMILIAR

No intuito de melhor conhecer as transformações que acontece nessa seara, é importante compreender o significado de família e entidade familiar.

De acordo com Nader (2011), família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Já a entidade familiar pode ser entendida como qualquer tipo de união que envolva sentimento e afetividade entre os seres humanos. O artigo 226, § 3º e 4º da Constituição Federal, qualifica esta entidade como:

Artigo 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Percebe-se, hoje, que existe um dinamismo familiar, ou seja, uma diversidade de tipos e espécies de família, que circulam no seio social de maneira paralela àquelas citadas no artigo acima.

2.3 PLURALIDADE DA ENTIDADE FAMILIAR

O artigo 226, caput, da nossa Lei Maior demonstra a preocupação do Estado com a família trazendo nos seus bojos dispositivos que cuidam da proteção da entidade familiar. Prova disto é que, em diversos parágrafos desse mesmo artigo ela estipulou normas previstas no casamento e procurou, de modo semelhante, amparar a união estável como entidade familiar.

Nos ensinamentos de Lôbo (2012), *in verbis*:

Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de locus de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa.

Diante do explicitado acima, torna-se difícil enxergar nossa sociedade com uma única espécie de família, pois fazemos parte de uma sociedade global, não sendo admissível reconhecer apenas os conceitos de família antigamente propostos.

O pluralismo da entidade familiar encontra-se cercado de *numerus clausus*, onde nos leva a questionar se existe apenas uma entidade familiar, que seria aquela tratada na Constituição ou se existem inúmeras outras entidades familiares não amparadas juridicamente pela nossa Magna Carta.

Presencia-se, hoje, inúmeras relações familiares surgidas a margem do conceito tradicional de matrimônio e que de alguma forma também devem ser amparadas juridicamente. Lôbo (2011) descreve as unidades de convivência encontradas na experiência brasileira atual, *in verbis*:

a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos; b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos; c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupos de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos; h) pessoas sem laços de

parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) união homossexuais, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; k) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação;

Como visto, em todos esses tipos, existe a presença de alguns aspectos que sem as quais, segundo Lôbo (2011), não caracterizam entidades familiares, são características da relação familiar, como: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

Frente ao exposto, há duas correntes de interpretação acerca do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, a primeira é composta pelos que querem reconhecer apenas as entidades familiares previstas constitucionalmente, formando *numerus clausus*; e a outra, formada pelos que reconhecem a existência de outras entidades familiares além das previstas, não priorizando apenas as constituídas pelo casamento, alegando que a Carta Magna propicia a liberdade de escolha nas relações afetivas.

No que tange a ideia defendida pela primeira corrente, Lôbo (2002) se posiciona de modo contrário afirmando, *in verbis*, que:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos, incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Mesma visão possui CHAVES (2012, p.88), quando diz: “...é preciso ressaltar que o rol de previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade

familiar, fundada no afeto, esteja ou não, contemplada expressamente na dicção legal”.

No mesmo sentido, lecionam FARIAS e ROSENVALD (2010, p.41), apontando que:

“A não admissibilidade de quaisquer comunidades afetivas (denominadas, por alguns, entidades para-familiares) como núcleos familiares, afastando-as da incidência protetiva do Direito de Família, sob o frágil argumento de não estarem explicitamente previstas no art. 226, colide, em linhas gerais, com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, por ser descabida discriminação de qualquer espécie à opção afetiva de cada cidadão”.

Percebe-se que o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares ganhou força a partir da Constituição Federal de 1988, quando as interpretações das normas jurídicas começaram a ser realizadas tomando por referência os princípios da igualdade, dignidade humana e o direito a personalidade, mostrando-se assim mais efetivas para responder as demandas concretas do direito de família e assim, buscar a redução dos conflitos familiares.

Os laços consanguíneos são formadores das relações familiares, porém sabe-se que é necessário não considerar apenas esse aspecto, já que a afetividade é de importância superior para formação familiar, sendo responsável, muitas vezes, pela união ou pela separação de pessoas.

Nesse sentido, Gonçalves (2009, p. 16) afirma que: “O parentesco civil, decorrente da adoção, possui significado igual ao do natural ou consanguíneo. A tendência moderna é no sentido de reconhecer o parentesco em vínculo de afetividade, como o existente entre pais e filhos de criação.”

Diante do exposto, pode-se falar que a base da família é alicerçada nas relações afetivas, independente da sua formação. Logo, os diversos núcleos familiares existentes, reconhecidos juridicamente ou não, devem ser igualmente protegidos pelo Estado.

2.4 DEFINIÇÃO DE CONCUBINATO

Não há um conceito exato do concubinato, contudo diversos autores costumam atribuir definições a este instituto familiar.

Segundo Nader (2011, p. 519) o concubinato "é relação estável, afetiva, entre o homem e a mulher, quando existe impedimento matrimonial não decorrente de separação

formalizada ou de fato".

Antigamente era comum a distinção entre os concubinatos puro e impuro. O puro se dava quando as pessoas optavam por não casar, apesar de poderem. Já o impuro era aquele formado por pessoas que não poderiam casar, neste caso incluía o concubinato adúlterino e o incestuoso (LÔBO, 2011).

Em relação aos tipos de concubinato, DOWER (2009, p. 386), pontua o seguinte:

o puro é quando o casal vive sob o mesmo teto, à semelhança do casamento, formando uma sociedade de fato, resultando numa união estável; o impuro, é quando o marido é casado, convive com sua esposa normalmente, mas mantém relação concubinária com outra pessoa, a amante, no sentido pejorativo.

Para Gonçalves (2009, p.550), “também começou a ser utilizada a expressão “concubinato impuro”, para fazer referência ao adúlterino, envolvendo pessoa casada em ligação amorosa com terceiro, ou para apontar os que mantêm mais de uma união de fato”.

2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios são os pilares do sistema jurídico, auxiliando no entendimento e na aplicação da norma. Nesse sentido, para maior facilitar a compreensão das questões jurídicas é de relevância que se abordem alguns princípios constitucionais, que se relacionam com o tema, como os abaixo delineados:

2.5.1 Princípio da dignidade humana

As modificações no âmbito familiar refletem as transformações da sociedade, sendo amplamente notadas nos dias atuais. Entretanto, mesmo com a evolução da sociedade, alguns doutrinadores e legisladores permanecem ligados a conceitos antigos quando vão analisar fatos relativos ao Direito de família.

No tocante ao concubinato impuro ou adúlterino, parte dos doutrinadores não imputa efeito jurídico a este instituto, partindo do pressuposto da existência do princípio da monogamia, defendendo com isso o instituto do casamento.

Segundo Rizzardo (2008),

Na falta de legislação específica, tratando de uniões concomitantes, deve-se aplicar os princípios inerentes ao Direito de Família, como o da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e afetividade, priorizando sempre o da dignidade da pessoa humana, por garantir os direitos mínimos dos cidadãos.

Embora a doutrina majoritária busque a proteção integral da família está acaba se esquecendo de tutelar as “entidades familiares” que fogem ao âmbito literal do texto constitucional, acabando por deixar desprotegidas estas instituições que cada vez mais são frequentes no seio social.

Com tal atitude, o Estado acaba desconsiderando alguns princípios constitucionais como o da dignidade humana. Este princípio constitui a base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (GONÇALVES, 2009, p.7).

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como uma tábua axiológica dentro do ordenamento jurídico, atua como pilar para a orientação das normas jurídicas infraconstitucionais, seja no espaço do direito público, ou em sede privada. Ou seja, sobreleva compreender qualquer norma jurídica no país a partir da lente constitucional refletida por esse princípio (FARIAS 2006, p.39).

Dessa forma, o que este princípio pretende não é servir de meio para afrontar o ordenamento jurídico, que preza pela monogamia, mas sim eliminar preconceitos no tocante ao instituto da família, uma vez que cotidianamente nos deparamos com entidades familiares constituídos através do concubinato impuro, e que por isso não são juridicamente aceitas, cabendo aos nossos doutrinadores romper com os conceitos ultrapassados, no intuito de promover a dignidade da pessoa humana.

2.5.2 Princípio da igualdade

O termo igualdade busca proporcionar a inexistência de privilégios entre os indivíduos, sejam eles entre homens e mulheres, negros ou brancos, ricos e pobres, surgindo como pressuposto de que todos os cidadãos possuem direitos, e devem ser tratados de forma igualitária perante a lei.

Essas premissas devem ser obedecidas para que os princípios não venham a ser banalizados, uma vez que a proliferação da desigualdade ofende tanto a Constituição quanto a

essência do ser humano.

Segundo Lôbo (2011, p.67), as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família.

Neste sentido, a Carta Magna estabelece no art. 226, § 5º, *in verbis*: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

É sabido que todos os cidadãos têm direitos igualitários em conformidade com o que se impõe o ordenamento jurídico. Dessa maneira Toscano (2004) menciona que: “O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente se protege são certas finalidades”.

Muito se menciona em relação a igualdade, contudo, em gerações anteriores, as mulheres eram tratadas como inferioridade em relação aos homens, muitas vezes devendo obedecê-los como se fossem objetos, bem como os filhos havidos fora do casamento eram discriminados, porém com avanço da sociedade as mulheres foram ganhando seu espaço, fazendo com que tal diferenciação fosse se exaurindo.

Não obstante, ainda há preconceitos advindos de parte da doutrina, principalmente quando se refere às concubinas, retirando destas alguns direitos que somente são destinados as esposas, se contrapondo ao princípio da igualdade.

Diante do exposto, vale salientar que a Constituição Federal no seu artigo 5º diz que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Na visão de LÔBO (2011, p. 66),

O princípio da igualdade, como os demais princípios, constitucionais ou gerais, não é de aplicabilidade absoluta, ou seja, admite limitações que não violem seu núcleo essencial. Assim, o filho havido por adoção é titular dos mesmos direitos dos filhos havidos da relação do casamento, mas está, ao contrário dos demais, impedido de casar-se com os parentes consanguíneos de cuja família foi oriunda, ainda que se

tenha desligado dessa relação de parentesco.

O fato do nosso ordenamento jurídico não deixar claro os direitos e os reflexos jurídicos que a relação concubinária acarreta, não nos permite inferir, com base neste fundamento, que esses direitos não existam, apenas não são rotineiramente reconhecidos.

Ao tratar a esposa e a concubina com diferenciação ocorre a nítida violação ao princípio da igualdade, tendo em vista que as duas pessoas partilharam suas vidas, se dedicando, muitas vezes, com a mesma intensidade ao mesmo homem, devendo, portanto, ambas receberem a proteção igualitário do Estado.

2.5.3 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

O Código Civil de 1916 previa uma distinção entre os filhos, que eram considerados legítimos ou ilegítimos, em razão de serem concebidos dentro ou fora do casamento, respectivamente.

Tal discriminação era evidente quando se tratava dos filhos oriundos das relações concubinárias, contudo o direito tem que acompanhar a evolução da sociedade, vedando, distinções entre as pessoas e banindo práticas discriminatórias, sobretudo após a Constituição Federal de 1988.

Na visão de Dias (2010, p. 64), “em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pelas condições dos pais”.

Para Gonçalves (2009, p.28), os filhos que não precediam as justas núpcias, mas de relações extramatrimoniais, eram classificados como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei.

A Carta Magna atual estabeleceu a igualdade entre os filhos no art. 227, §6º: “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”.

No mesmo sentido, o Código Civil pátrio reitera a matéria, em seu art. 1.596: “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”.

Acerca desde princípio, GONÇALVES (2009, p.8) afirma que:

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais ou adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

No mesmo sentido, a jurisprudência reconhece a igualdade de direitos entre os filhos, sem quaisquer distinções:

PETIÇÃO DE HERANÇA. HABILITAÇÃO DE IRMÃO ADOTIVO. ADOÇÃO SIMPLES. ÓBITO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. EFEITOS DO DISPOSTO NO ART. 227 DA CF/88. PROCEDÊNCIA. O art. 375 do Código Civil de 1916 admitia, em relação aos menores em situação regular, que a adoção fosse efetivada via escritura pública. Atendidos os requisitos legais, a adoção produziu seus efeitos jurídicos e é válida. Os artigos 377 e 1.605, § 2º, do Código Civil de 1916, tornaram-se, posteriormente, incompatíveis com a nova ordem constitucional já que por ela não foram recepcionados. Não há declaração de inconstitucionalidade destes dispositivos por não haver inconstitucionalidade com Constituição futura. A não recepção, como se sabe, dispensa a reserva de plenário. A Constituição Federal de 1988 aboliu toda diferenciação entre filhos legítimos, ilegítimos ou adotados, sem qualquer ressalva de situações preexistentes. Todos passaram a ter os mesmos direitos e em igualdade de condições, inclusive quanto a direitos sucessórios. A sucessão rege-se pela lei vigente ao tempo da sua abertura, o que ocorre com o óbito. É nesse momento que se dá a transmissão da herança e o direito sucessório incorpora-se ao patrimônio dos herdeiros. Se o filho adotado concorre com os demais irmãos na herança do pai adotivo, também o irmão adotivo tem o direito de concorrer à herança da irmã adotiva.

(TJ-MG, Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 13/05/2014, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL)

Antigamente, a doutrina tratava os filhos provindos de uma união matrimonial como se fossem legítimos e os derivados de relações extraconjugais como ilegítimos, trazendo distinções discriminatórias entre eles, restringindo injustificadamente seus direitos, o que não fazia o menor sentido.

Em relação ao direito de herança dos filhos provenientes de relações concubinárias, a jurisprudência reconhece o pleito:

CONCUBINATO. PARTILHA DOS BENS

REGISTRADOS EM NOME DA CONCUBINA. AÇÃO PROPOSTA PELO ESPOLIO E POR HERDEIROS DO CONCUBINO. OS HERDEIROS DO CONCUBINO, FILHOS HAVIDOS DURANTE O SEU CASAMENTO, TEM DIREITO A METADE DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A RELAÇÃO CONCUBINARIA DO PAI, COM RECURSOS FORNECIDOS POR ELE, EMBORA REGISTRADOS EM NOME DA CONCUBINA, QUE FICA COM A OUTRA METADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

(STJ - REsp: 91993 DF 1996/0020288-5, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 25/06/1996, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.09.1996 p. 31087 REVJMG vol. 137.138 p. 586 RSTJ vol. 92 p. 275 DJ 02.09.1996 p. 31087 REVJMG vol. 137.138 p. 586 RSTJ vol. 92 p. 275)

Com o avanço da legislação, tanto a doutrina como a jurisprudência, fixaram entendimento no sentido de igualar os direitos entre os filhos considerados legítimos e os provindos das relações concubinárias, reconhecendo inclusive o direito à herança.

2.5.4 Princípio da monogamia

A monogamia é um modo de formação familiar em que cada pessoa possui um único companheiro. Muitos entendem que, quando a moral é infringida, há uma desaprovação social, em virtude da violação de uma lei, gerando, assim, um ato ilícito.

Em relação a monogamia, a sua inobservância acarreta na violação de uma norma. Quando determinada legislação pátria não é cumprida, deverá ser considerada nula, como ocorre quando há o rompimento das relações monogâmicas, gerando assim a nulidade no reconhecimento de alguns direitos.

Contudo, como predito, o conceito de família vem se modificando e as novas relações afetivas vêm sendo reconhecidas pela presença do afeto, não querendo dizer que o princípio da monogamia deva ser relegado, mas sim que outros princípios também sejam observados.

Diversos doutrinadores passaram a entender o conceito de família pelo fato de existir afetividade na relação, com isso reconhecendo como família as relações concubinárias impuras, flexibilizando assim, o princípio da monogamia.

Para Maria Berenice Dias (2010, p. 60), o princípio da monogamia não deverá ser considerado um princípio constitucional:

“Pretender elevar a monogamia a um 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 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. Essa Solução, que vem sendo apontada pela doutrina e aceita pela jurisprudência, afasta-se do dogma maior de respeito à dignidade da pessoa humana, além de chegar a um resultado de absoluta afronta à ética.”

Neste sentido, Farias e Rosenvald (2010, p.25) elatem o conceito de família ao afirmarem:

“Em sentido amplíssimo, a ciência jurídica entende a família a partir de uma abrangente relação interligando diferentes pessoas que compõem um mesmo núcleo afetivo, nele inseridos, inclusive, terceiros agregados, como os empregados domésticos.”

Averso a esse entendimento, Valverde (2002), entende que a Constituição Federal não acoberta este tipo de situação, pois vai de encontro ao princípio da monogamia, impedindo que uma pessoa já casada constitua uma nova relação extraconjugal, sob pena da última ser considerada inválida.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, baseado no princípio da monogamia, fundamentou a seguinte decisão:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM - CONCOMITÂNCIA DE CASAMENTO VÁLIDO - PRINCÍPIO DA MONOGAMIA - ART. 1727 DO CÓDIGO CIVIL - NATUREZA CONCUBINÁRIA DA SEGUNDA RELAÇÃO. PEDIDO IMPROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO. - Se o suposto convivente era oficialmente casado com outra mulher até a data do seu falecimento e se não se cogita, sequer, da separação de fato do referido casal, o pedido de reconhecimento de união estável formulado pela autora revela-se inviável, diante do Princípio da Monogamia, estampado no artigo 1.727 do Código Civil, sendo infestável, nessa hipótese de concomitância de relacionamentos afetivos, a natureza concubinária da segunda relação, da qual não se originam direitos sucessórios ou previdenciários, como se casamento fosse. - Precedentes dos Tribunais Superiores. Recurso desprovido.

(TJ-MG - AC: 10643120002669002 MG, Relator:

Eduardo Andrade, Data de Julgamento: 22/07/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/07/2014)

O concubinato adúlterino, também chamado de impuro, se contrapõe a esse princípio, tendo em vista que nesta espécie de concubinato há a incidência de uma relação poligâmica, vedada pelo Direito de Família.

Contudo, importante ressaltar que mesmo diante de tal vedação, verifica-se que há uma diversidade de família constituídas através da poligamia, devendo ter atenção especial da legislação brasileira.

Desta forma, visando amparar essas entidades familiares algumas correntes doutrinárias e jurisprudenciais vão de encontro ao princípio da monogamia, defendendo o reconhecimento do concubinato adúlterino, ampliando assim, o rol de proteção e direitos às pessoas que vivem nessa situação.

STJ - Decisão Monocrática. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 139945 PE 2012/0015930-1
Data de publicação: 18/11/2014.
Decisão: o concubinato impuro adúlterino como manifestação válida de entidade familiar." A agravada, L. F. se podendo considerar "concubinato impuro por adúlterio". Depois porque a demandante, de fato, era dependente.... UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CASAMENTO E CONCUBINATO SIMULTÂNEOS.

2.5.5 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade tem sido utilizado como célula do núcleo familiar, evidenciando sua importância principal nas relações humanas, em detrimento da estrita legalidade.

Acerca da valorização do vínculo afetivo nas relações familiares, Lôbo (2011, p. 29), escreve: "A família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva".

O atual Código Civil prevê no art. 1.593 que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". Através da exegese do referido artigo, é possível perceber que afetividade está incluída nas relações de parentesco, independente do vínculo biológico, quando se refere a "outra origem".

A doutrina majoritária se inclina no sentido de reconhecer que a afetividade é elemento essencial nas relações familiares, independente do vínculo biológico, como forma de adequação social familiar.

Na visão de Monteiro (2011), antigamente, com o novo antigo Código Civil, não eram consideradas famílias aquelas que não fossem constituídas pelo casamento, diferente do que acontece hoje, que faz menção as novas relações familiares, dando ênfase ao vínculo afetivo.

Na visão de Lôbo (2011, p. 30), a paternidade independe de vínculo biológico, ressaltando a importância do vínculo sócio afetivo, vejamos:

A paternidade e a filiação socioafetiva são fundamentalmente, jurídicas, independentemente da origem biológica. Pode afirmar que toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.

No mesmo sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça:

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.593; 1.604 e 1.609 do Código Civil; ART. 48 do ECA; e do ART. 1º da Lei 8.560/92. 1. Ação de petição de herança, ajuizada em 07.03.2008. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.08.2011. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 4. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 5. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe

imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 6. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 7. A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação. 8. Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluyente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar. 9. Recurso especial desprovido.

(STJ - REsp: 1274240 SC 2011/0204523-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2013)

O Superior Tribunal de Justiça acertadamente tem reconhecido o princípio da afetividade como base das relações familiares, inclusive com o reconhecimento de paternidade, independente do vínculo natural.

Na visão de LIMA (2011), não é o fator biológico que define a paternidade, mas sim a convivência fundada no afeto, com aplicação do direito positivado analisando cada caso, inclusive a realidade social.

Em decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal, foi concedido o rateio da pensão por morte, entre a esposa e a concubina, decisão está fundamentada na nova concepção de família, apontando a afetividade como elemento essencial dos vínculos familiares:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. RATEIO. ESPOSA E CONCUBINA. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE CONFIGURADA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A concepção acerca da família, é consabido, sofreu significantes variações ao longo dos tempos, tendo sido moldada conforme os anseios de cada época. Neste processo evolutivo, algumas de suas características foram preservadas, outras, por não se adequarem mais à realidade social, restaram superadas. Tal processo de adaptação resultou no que hoje se entende por família. 2. Etapa importante do referido processo evolutivo ao qual a família vem se submetendo encontrou eco e reprodução no mundo jurídico, impondo sua representação na Constituição Federal de 1988, cujas inovações conferiram status de família à união estável e aos núcleos monoparentais, pondo-se, desta forma, fim ao conceito "matrimonializado" de família (art. 226 e §§

da CF/88). Neste diapasão, a afetividade, consubstanciada com a estabilidade (relacionamentos duradouros, o que exclui os envolvimento ocasionais) e a ostentabilidade (apresentação pública como unidade familiar) passa a servir de lastro para a conceituação da família contemporânea. 3. Na atualidade, a família tem sido alvo de profundas reflexões, as quais vêm resultando em modificações no modo de pensá-la e defini-la. Não se trata de questionar a instituição familiar em si, mas sim a forma que adquiriu como resultado do processo histórico que desembocou nos padrões sociais atuais (*grifos nossos*). 4. Com a imposição legal da igualdade entre homens e mulheres, bem como em virtude da necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana, constatou-se a relevância de se adequar o conceito do modelo familiar, já não mais nos moldes tradicionais. A reformulação jurídica do conceito de família, desta forma, é mero reflexo das inovações ocorridas no cenário social. 5. O momento atual, no que concerne ao modelo familiar, é de transição. Busca-se consolidar um novo formato a ser conferido à família, tendo o ordenamento jurídico pátrio passado a sofrer alterações significativas, a fim de se adequar aos novos anseios da sociedade. Neste sentido, a CF/88 representou um marco evolutivo nesse processo de adaptação, ampliando o conceito de família e passando a servir de norte para todas as normas infraconstitucionais. 6. A admissão de outros modelos familiares que não o lastreado no casamento é resultado da alteração da base ideológica de sustentação da família. Procura-se hoje considerar a presença do vínculo afetivo e protetivo como fator determinante para a enumeração dos núcleos familiares. Admitida a afetividade como elemento essencial dos vínculos familiares, aqui vista também como a intenção de proteção mútua, resta saber até que ponto os relacionamentos humanos nos quais tal sentimento esteja presente podem vir a ser rotulados de família, sendo, conseqüentemente, abarcados pelas normas jurídicas que tutelam os indivíduos que a constituem. 7. Entende-se por concubinato puro a modalidade de envolvimento afetivo, entre homem e mulher, que obedeça os ditames sociais. Trata-se de verdadeiro casamento não oficializado, uma vez que atende a todas as condições impostas à sua celebração e os envolvidos se comportam como se casados fossem, lhes faltando apenas o reconhecimento estatal. Já o concubinato impuro, por sua vez, refere-se a todo e qualquer envolvimento afetivo que se estabeleça em afronta às condições impostas ao casamento, condições estas materializadas nos impedimentos matrimoniais (*grifos nossos*). 8. A princípio, dentro do quadro evolutivo jurídico, marcado pela valorização do afeto e superação de formalismos, parece ter sido preservada a vigência do princípio jurídico da monogamia. Isto porque não se pode olvidar que o modelo monogâmico ainda é o que melhor atende às aspirações da sociedade contemporânea, garantindo a estabilidade necessária à educação da prole e ao desenvolvimento do homem na qualidade de agente econômico, político e social. 9.

Nessa linha de raciocínio, o reconhecimento de direitos previdenciários decorrentes de concubinato impuro depende de uma série de requisitos que demonstrem cabalmente a existência de dois relacionamentos (casamento e concubinato) que em praticamente tudo se assemelhem, faltando ao segundo tão-somente o reconhecimento formal (grifos nossos). Deve ser levado o efetivo "ânimo" de constituição de uma unidade familiar para fins de proteção mútua e estatal, com suas respectivas variáveis, tais como eventual dependência econômica, tempo de duração da união, existência de filhos, etc. Do contrário, deve prevalecer o interesse da família legalmente constituída. 10. Na hipótese dos autos, correta a sentença que determinou o rateio da pensão entre esposa e concubina, eis que restou demonstrado pela autora que seu relacionamento duradouro com o de cujus se revestia dos requisitos necessários para a caracterização da união estável constitucionalmente protegida. 11. A contar de 01-07-2009, data em que passou a vigor a Lei n.º 11.960, de 29-06-2009, publicada em 30-06-2009, que alterou o art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, para fins de atualização monetária e juros haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. 12. Nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem ser fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas devidas até a data da sentença, em consonância com a Súmula n.º 76 desta Corte.

(TRF-4, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 08/09/2010, SEXTA TURMA)

Em decisões reiteradas, os Tribunais Superiores têm mantido o entendimento no sentido de reconhecer a afetividade nas decisões envolvendo direito de família, concedendo o rateio da pensão por morte entre a esposa e a concubina.

Importante salientar que, ao manter esta postura, não estaria o poder judiciário menosprezando o instituto da família, mas sim reconhecendo o direito de igualdade entre a concubina e a esposa que, a depender do caso, aquela se dedicou ao relacionamento tanto, ou até mais, do que esta. Ou seja, pretende-se amparar de fato as relações advindas dos laços de afetividade, reconhecendo-se assim, as múltiplas entidades familiares.

3 . CONCUBINATO X UNIÃO ESTÁVEL

3.1 Distinções entre Concubinato e União Estável

É de salutar importância entender a diferenciação desses institutos, no intuito de traçar uma melhor compreensão dos reflexos jurídicos trazidos pelo concubinato.

Na lição de Tartuce (2011), “não se deve confundir o termo concubinato com companheira. Concubinato é a relação entre pessoas que estão impossibilitadas legalmente de constituírem uma família, através do casamento”.

Segundo o art. 1.723 do Código Civil: “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”.

Na visão de Madaleno (2013, p.245), o concubinato é a relação que se dá entre pessoas impedidas de casar, mas unidas pelo vínculo afetivo.

Para Farias (2011), o casamento se caracteriza pela solenidade e formalidade, diverso do que ocorre com a união estável, que pode se extinguir pela vontade dos conviventes, sem a necessidade da realização de qualquer ato formal.

Para Farias e Rosenvald (2010, p.446), a união estável nada mais é do que o velho concubinato puro, caracterizado pela constituição da família de fato por pessoas que, até poderiam casar, mas optam por viver juntos, sem solenidades legais.

Ainda no entendimento de Farias, (2012, p.509):

O Código Civil, na redação de seu art. 1.727, consagrou efetivamente a distinção conceitual entre concubinato e união estável, afastando os dois institutos e reconhecendo, como entidade familiar, tão somente este último. A união estável, assim, qualificada como grupo familiar, é a entidade afetiva formada entre pessoas desimpedidas de casar. Pessoas que podem, mas não querem, contrair casamento. De outra banda, o concubinato é a relação, não familiar, entre pessoas que não podem casar, em razão de algum impedimento matrimonial.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais comunga dessa posição:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL.

REQUISITOS NÃO COMPROVADOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA I - A união estável somente se constituirá se houver convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, inexistir causa de impedimento ao casamento e, ainda, se a pessoa casada estiver separada de fato ou judicialmente. II - Ausente prova robusta e idônea de tais requisitos, há óbice ao reconhecimento da união estável, notadamente quando comprovada a existência de pluralidade de relacionamentos.

(TJ-MG - AC: 10024101598951001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 18/02/2014, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/02/2014)

A doutrina distingue de maneira clara o conceito de união estável e concubinato, entendendo como união estável aquelas relações em que as pessoas estão livres e desimpedidas para constituírem um matrimônio, contudo optam por não fazerem, antes era chamado de concubinato puro.

Já o concubinato se dá quando há união de duas pessoas, sendo que uma delas ou ambas são impedidas legalmente de se casarem, por já serem casadas ou por ainda não terem se divorciado, com isso mantêm uma relação concubinária simultânea à família maritalmente estabelecida, é o que se denomina de concubinato impuro.

3.1.1 União Estável Homoafetiva

Em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em importante decisão, reconheceu a união estável homoafetiva como sendo entidade familiar, com isso os casais homossexuais terão os mesmos direitos inerentes aos casais heterossexuais, como herança, pensão por morte e alimentícia, comunhão parcial de bens, inclusão com dependente em plano de saúde, bem como aos direitos previdenciários.

Com esta decisão, os casais homoafetivos conquistaram os direitos que até então não eram reconhecidos, pois não seria justo, após longos anos de convivência e de afeto, em casos de falecimento ou divórcio, quaisquer deles ficassem desamparados.

3.2 ASPECTOS JURÍDICOS DO CONCUBINATO

Os operadores do direito civil sempre trataram o concubinato puro no âmbito do Direito de família, mesmo com a oposição em conferir o título de entidade familiar a esta

situação jurídica.

A Carta Magna vigente trata expressamente no seu artigo 226, §2º que a família não é constituída apenas pelo casamento, mas também pela união estável, contudo muitos tratam o concubinato impuro vinculando ao Direito Obrigacional.

O artigo 9º da lei nº 9278/96 expressamente delinea que os assuntos relativos a união estável é de competência do juízo da Vara de Família, conseqüentemente os relacionados ao concubinato incestuoso continuariam no campo do Direito das Obrigações.

Na atualidade a maioria dos Tribunais têm entendido que os direitos advindos da relação de concubinato devem ser apreciados pelo Direito das Obrigações, já que de fato esse instituto é enquadrado como uma sociedade de fato e não como uma entidade familiar, que estaria sob a égide do Direito de Família.

Nesse sentido, Rainer Czajkowski (2005), assevera:

A expressão ‘sociedade de fato’, em si, tem significação muito mais abrangente do que aquela união de esforços nas uniões concubinárias. Genericamente, ‘sociedade de fato’ ou ‘irregular’ é aquela não constituída juridicamente mas que, no mundo dos fatos, se amolda ao conceito do art. 1363 do CCB: “Celebaram contrato de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”. Assim, em princípio, sociedade de fato não pressupõe relacionamento prolongado e estável; pode existir entre parceiros antes de se falar em entidade familiar e independentemente dela. Sem família, a sociedade de fato é questão obrigacional (CZAJKOWSKI, 2005 *apud* ASSIS, 2005).

Frente ao exposto, percebe-se que embora a maior parte da doutrina e jurisprudência reconheça alguns direitos ao concubinato, os mesmos são mitigados (por exemplo a concubina não faz jus a pensão alimentícia), por não se reconhecer essa relação enquanto pertencente ao Direito de Família, como acontece na união estável.

4 REFLEXOS JURÍDICOS DO CONCUBINATO

Os concubinos tem tido os direitos reconhecidos, semelhante ao que ocorre em relação as pessoas que contraíram o vínculo matrimonial, principalmente em relação aos direitos patrimoniais.

Contudo, o Código Civil vigente impõe algumas proibições no que concernem as relações concubinárias, como, por exemplo, a vedação a doação, *in verbis*: “Art. 550 do CC: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.”

Neste Sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro anulou uma doação realizada pelo cônjuge da recorrente à concubina, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. REIVINDICATÓRIA. DOAÇÃO ENTRE CONCUBINOS. NULIDADE. UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A autora busca a desconstituição da doação realizada pelo seu cônjuge à ré. 2. A entidade familiar é constitucionalmente protegida pela Lei Fundamental, na exegese do artigo 226, § 3º, permitindo que se efetive o ideal de proteção estatal à família, seja a oriunda do casamento, seja aquela que deriva de união estável e, até mesmo, a família monoparental. O que se visa proteger é a vida em comum, independentemente de sua origem. Para que se configure a união estável, nos moldes do mencionado dispositivo constitucional e no do artigo 1.723 do CCB, é preciso a manutenção de relacionamento entre duas pessoas, desimpedidas de casar, que vivem juntas, como se casadas fossem, de forma pública, contínua e duradoura e estabelecido com o objetivo de constituição de família. 3. Não obstante, se a pessoa casada encontrar-se separada de fato ou judicialmente, não haverá óbice ao reconhecimento da união estável, nos termos do artigo 1.723, § 1º do Código Civil. Doutrina e precedentes do STJ e TJRJ. 4. Prova documental produzida que demonstra a permanência da relação matrimonial entre a autora e seu cônjuge, não se desincumbindo a ré de comprovar a separação de fato alegada. 5. No que concerne a prova oral produzida nos autos, na qual se baseou o Juízo de piso, não se mostra coesa com a prova documental acima, ressaltando-se que as pessoas ouvidas sequer prestaram compromisso. Ademais, a respeito do informante, seu depoimento só será prestado se "estritamente necessário", conforme artigo 405, § 4º, do Código de Processo Civil e, no caso dos autos, vê-se que desnecessária e imprestável a oitiva realizada. Precedentes do TJRJ. 6. Assim, reconhece-se a relação concubina entre a recorrida e o esposo da recorrente, nos termos do artigo 1.727 do Código Civil, e, em consequência, anula-se a doação realizada, com fundamento no artigo 550 do Código Civil. 7. Por outro

lado, a aquisição do bem supera o montante doado, apontando, assim, ter a ré contribuído para a aquisição do imóvel, e, por isso, não restando comprovada pela autora a ausência de esforço comum da demandada, com espeque no artigo 1.642, inciso V, do Código Civil, a pretensão reivindicatória não se sustenta (grifos nossos).8. Todavia, os valores objetos das transferências realizadas e utilizadas para a compra do bem deverão ser devolvidos à demandante, com correção monetária, segundo a variação da Ufir, e juros de mora de 1% ao mês, ambos a contar de cada doação realizada, considerando o teor da Sumula 54 do Superior Tribunal de Justiça. 9. Apelo parcialmente provido.

(TJ-RJ - APL: 00138830920068190031 RJ 0013883-09.2006.8.19.0031, Relator: DES. JOSE CARLOS PAES, Data de Julgamento: 12/03/2014, DÉCIMA QUARTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 07/04/2014 16:46)

A jurisprudência pátria majoritária tem aplicado o disposto no art. 550 do Código Civil, invalidando as doações realizadas pelo cônjuge adúltero, mostrando que as relações fundadas no matrimônio ainda se sobrepõem aos outros tipos de relações, especialmente no que concerne ao reconhecimento de direitos.

O atual Código, no art. 1.801, III, prevê que: “Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos”.

Em cumprimento ao que reza o referido artigo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULA DE TESTAMENTO. LEGATÁRIA CONCUBINA. Apesar de toda a prova trazida aos autos acerca da relação entre o testador e a legatária, a natureza do relacionamento já foi delimitada em demanda transitada em julgado. Assim, definida a relação como adúltera, a disposição de última vontade encontra óbice no inciso III do artigo 1.801 do Código Civil. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70036759421, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 04/08/2011)

(TJ-RS - AC: 70036759421 RS , Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 04/08/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/09/2011)

Analisando a decisão ora colecionada, percebe-se, claramente, que ainda há um longo

caminho a ser percorrido, no sentido de ampliar os direitos provindos de relações concubinárias, pois o testador deveria ser livre para escolher seu legatário, levando em conta sua afinidade ou afeto mantidos com este.

Outra vedação imposta aos concubinos é a possibilidade destes contraírem matrimônio, prevista no art. 1.521, VI do Código Civil: “Não podem casar: VI - as pessoas casadas”.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu acerca da matéria, julgando no sentido da proibição do reconhecimento da união estável, baseando-se no art. retro mencionado, como segue:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTOS PARA O CASAMENTO. COMPANHEIRO CASADO. SEPARAÇÃO DE FATO. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. ÔNUS DA PROVA. A LEGISLAÇÃO APLICADA À MATÉRIA TROUXE ALGUNS REQUISITOS QUE DEVEM NORTEAR A COMPROVAÇÃO DA COMUNHÃO DE VIDAS, A SABER, QUE RESTE CONFIGURADA A CONVIVÊNCIA DURADOURA, PÚBLICA E CONTINUA ENTRE UM HOMEM E UMA MULHER COM O OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA E A AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTOS PARA CASAR. DENTRE AS PESSOAS IMPEDIDAS DE CASAR ESTÃO AQUELAS QUE JÁ SEJAM CASADAS, NOS TERMOS DO ART. 1.521, VI DO CÓDIGO CIVIL. EM SEU ART. 1.727, O CÓDIGO CIVIL VEDA O RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMENS E MULHERES IMPEDIDOS DE CASAR, POIS CONSIDERA TAL RELAÇÃO MERO CONCUBINATO. E AINDA, O ART. 1.723, § 1º DO CÓDIGO CIVIL OBSTA A CONSTITUIÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM TAL CASO. DE MANEIRA QUE, AS PESSOAS CASADAS NÃO PODEM CONSTITUIR UNIÃO ESTÁVEL. A AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTOS PARA CASAR É UM DOS REQUISITOS PARA QUE SEJA RECONHECIDA A UNIÃO ESTÁVEL, NOS TERMOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL, PORTANTO, É FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. LOGO, SENDO A AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTOS PARA O CASAMENTO FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO, NÃO É OUTRA A CONCLUSÃO SENÃO A DE QUE A SUPOSTA COMPANHEIRA DEVERIA TER PROVADO QUE O SUPOSTO COMPANHEIRO ERA SEPARADO DE FATO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(TJ-DF - APC: 20130310096163 DF 0009432-

14.2013.8.07.0003, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 26/02/2014, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/03/2014. Pág.: 245)

Como se sabe, aplica-se ao instituto da união estável as mesmas vedações impostas ao casamento, portanto para haver o reconhecimento da união estável, faz-se necessário a observância das regras impostas ao casamento.

Ainda existe a vedação no recebimento de alimentos por parte da concubina, com fulcro no art. 1.694, do Código Civil vigente, através da realização de interpretação “*contrario sensu*”.

A mesma interpretação foi dada pelo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao reconhecer essa impossibilidade, vejamos:

ACÇÃO DE ALIMENTOS. SENTENÇA INDEFERINDO A INICIAL E JULGANDO EXTINTO O PROCESSO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, NOS TERMOS DOS ARTS. 295, INCISOS II E III E 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TÉRMINO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. CONCUBINO SABIDAMENTE CASADO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1723, § 1º E 1727 DO CÓDIGO CIVIL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Relação afetiva caracterizada como concubinato, conforme dicção do artigo 1727 do Código Civil de 2002, não enseja obrigação alimentar por seu término.

(TJ-SC, Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 19/09/2012, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado)

A vedação imposta às concubinas, no sentido de impossibilitá-las ao recebimento de alimentos, demonstra que ainda há um preconceito social e histórico ligado a este tipo de relação, sendo desprezado todo o afeto e dedicação existente entre o casal concubino.

O justo seria que o judiciário, ao se deparar com um caso envolvendo alimentos entre relações concubinárias, fizesse uma análise individual do caso concreto, permitindo, assim, a possibilidade de concessão de tal benefício, pois muitas concubinas se dedicam ao parceiro durante boa parte de sua vida, mas com o fim do relacionamento não teriam o direito aos alimentos, inadmissível tal discriminação, até porque não existe impedimento expreso no artigo 1694 do Código Civil vigente.

4.1 Direito a pensão por morte

A pensão por morte é um benefício previdenciário. Quando um segurado da

previdência social morre, seus dependentes fazem jus ao recebimento da pensão por morte, não exigindo tempo mínimo de contribuição.

O Regime Geral de Previdência Social, no art. 16 da Lei 8.213/91, disciplina quais pessoas são consideradas dependentes, quais sejam:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

A exegese do artigo supramencionado leva ao entendimento que o concubinato impuro não gera direito aos concubinos, em especial na esfera previdenciária, cujos dependentes estão taxativamente listados no artigo 16 da Lei 8.213/91.

Contudo, alguns Tribunais têm mantido o entendimento de que o rigor da lei tem que ser relativizado, levando-se em consideração à realidade dos fatos, analisando circunstâncias individuais, como duração do relacionamento e dependência econômica.

Esse raciocínio, já foi defendido recentemente pelo Tribunal Regional Federal 5ª Região:

ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE CONCUBINA E ESPOSA. CONVIVÊNCIA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADAS. 1. A viúva busca o direito de receber 100% da pensão por morte, afastando o rateio do benefício com a companheira, nos termos do voto vencido. 2. Ação improcedente, ao fundamento de que o de cujus, casado, estaria impedido de estabelecer uma união estável com a ré (art. 1.521, VI, e 1.723, parágrafo 1º, do CC). 3. Sentença reformada, por maioria, pela 2ª Turma, porque comprovadas a dependência econômica e a convivência concomitante do morto com a viúva e a concubina, esta última fazendo jus à parte da pensão. 4. Manutenção do julgado do colegiado. 5. Embargos infringentes não providos.

(TRF-5 - EAC: 8788702011405830002, Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Data de Julgamento: 12/02/2014, Pleno, Data de Publicação: 07/03/2014)

Ao conceder o rateio da pensão por morte entre a concubina e a viúva, o Tribunal Regional Federal trouxe à baila a efetivação da mais lúdima justiça ao caso concreto, atendendo-se para a convivência entre o falecido e a concubina e sua dependência econômica.

De modo diverso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu:

ADMINISTRATIVO - PENSÃO POR MORTE - CONCORRÊNCIA ENTRE A CONCUBINA E ESPOSA - MANUTENÇÃO DE CASAMENTO VÁLIDO E EFICAZ PELO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO - CONCOMITÂNCIA DE RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS MÚLTIPLAS - BENEFÍCIO DEVIDO EXCLUSIVAMENTE AO CÔNJUGE - RECURSO DESPROVIDO. "A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina" (RE n. 590.779, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 10.2.2009).

(TJ-SC, Relator: Rodrigo Collaço, Data de Julgamento: 26/09/2012, Quarta Câmara de Direito Público Julgado)

Percebe-se que há divergência na jurisprudência pátria, em relação a divisão da pensão por morte, entre a esposa e a concubina, fato este se dá pelo fato da Previdência Social possuir um rol taxativo em relação aos habilitados legalmente a fazerem jus a tal benefício previdenciário.

4.2 Do Direito de herança e participação na partilha dos bens

Quando há o falecimento, ocorre a abertura da sucessão, visando a transmissão dos bens do falecido, denominado *de cuius*, para o herdeiro, sendo uma das consequências das relações familiares. No direito Brasileiro, existem dois tipos de herdeiros, os legítimos e os testamentários, sendo aqueles definidos em lei, através do art. 1829 do Código Civil:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.”

Na exegese do artigo supramencionado, constata-se que os concubinos não estão inseridos no rol de habilitados à sucessão. Diante disso, vem a seguinte indagação: as

concubinas teriam direito a herança e participação na partilha dos bens deixados pelo falecido?

No entendimento de Gonçalves (2014), “antes mesmo da Constituição Federal vigente, a jurisprudência reconhecia o direito à meação dos bens adquiridos durante a incidência do concubinato”.

Em decisão recente, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu no sentido de não reconhecimento do direito da concubina à meação, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE PARTILHA OU INDENIZAÇÃO DE MEAÇÃO. DECISÃO QUE INDEFERE O ARROLAMENTO E A INDISPONIBILIDADE DOS BENS RECEBIDOS PELA VIÚVA, EM MEAÇÃO DO PATRIMÔNIO EM COMUM COM O MARIDO FALECIDO, REQUERIDO POR CONCUBINA DESTE. PRETENSÃO DE PARTILHA DO ACERVO, EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES COM A ESPOSA. RELAÇÃO PARALELA AO CASAMENTO, SENDO ESTE CONHECIDO PELA AGRAVANTE. SIMULTANEIDADE DE CONJUGALIDADES. UNIÃO ESTÁVEL NÃO CARACTERIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO NA FORMA PUTATIVA PELA AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À MEAÇÃO DA AMANTE DE HOMEM CASADO, NÃO SEPARADO DE FATO, SOB PENA DE MALFERIMENTO DO PRIMADO DA FAMÍLIA MONOGÂMICA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1723 DO CC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. "Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade." (Recurso Especial n. 1157273 / RN, relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 07.06.2010).
(TJ-SC - AG: 20120041223 SC 2012.004122-3 (Acórdão), Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 15/08/2012, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado)

Apesar de ser recente a decisão exarada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, restou evidenciado o preconceito no julgado, quando se refere a concubina como amante. Sabe-se que amante é um termo pejorativo, trazendo em seu bojo um repúdio social e moral, quando na verdade se tratava de uma relação concubinária, onde havia uma reciprocidade de afeto entre os envolvidos na relação.

No mesmo sentido se inclinou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. CONCUBINATO. PEDIDO DE PARTILHA DE IMÓVEL. A relação concubinária não tem o mesmo tratamento dado à união estável, sendo imprescindível para fins de verificação do direito de meação a comprovação do esforço comum para aquisição do patrimônio, consagrado na contribuição direta, o que não restou comprovado no caso dos autos. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70058926155, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 16/04/2014)
(TJ-RS , Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 16/04/2014, Sétima Câmara Cível)

Para Gonçalves (2014, p.29), alguns direitos das concubinas foram sendo reconhecidos, partindo da legislação previdenciária, logo após com o reconhecimento do direito à meação dos bens adquiridos através do esforço recíproco.

Diz a Súmula nº 380, do Supremo Tribunal federal, *in verbis*: “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”.

Seguindo a orientação do STF, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. CONCUBINADO. DISSOLUÇÃO. PARTILHA DE BENS. SENTENÇA EXTRA PETITA. NULIDADE INOCORRENTE. PROCEDÊNCIA. PROVA. 1. Não é extra petita sentença quando se constata ter havido apenas mero equívoco terminológico no nome dado à ação, sendo clara a intenção da autora de buscar o reconhecimento de uma união estável. 2. Não comprovada a entidade familiar, mas admitido que a autora tenha concorrido para aquisição de bens, cabível a partilha dos bens obtidos pelo esforço comum dos litigantes. 3. Mantidos os alimentos estipulados. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70058287004, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26/03/2014)
(TJ-RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 26/03/2014, Sétima Câmara Cível)

Nada mais justa a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a possibilidade de haver partilha dos bens amealhados através do esforço comum dos concubinos, evitando assim o enriquecimento ilícito de qualquer um deles.

4.3- O Princípio da Afetividade como base das relações concubinárias

O princípio da afetividade tem sido considerado o superprincípio no direito de família. A afetividade atua como norteador nas relações familiares, sendo utilizado na fundamentação de ações envolvendo relações homoafetivas, abandono parental, reconhecimento de paternidade e nas relações concubinárias.

Com o objetivo trazer uma melhor visualização deste princípio, evidenciamos alguns julgados em que este princípio foi utilizado como fundamentação.

Através da leitura abaixo, do Informativo N° 625, publicado no dia 05 de maio de 2011, pelo STF, nota-se que o princípio da afetividade foi considerado no reconhecimento das relações homoafetivas:

Em passo seguinte, assinalou que, no tocante ao tema do emprego da sexualidade humana, haveria liberdade do mais largo espectro ante silêncio intencional da Constituição. Apontou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual). Asseverou, de outro lado, que o século XXI já se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonegaria aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união — realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos —, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação (grifos nossos).

Tal decisão foi um marco importante para a evolução do Direito de Família, ao reconhecer a possibilidade da união estável aos casais homoafetivos, conseqüentemente trouxe para estes os mesmos direitos inerentes aos casais heterossexuais, mostrando, desta forma, a importância do direito acompanhar a evolução social.

A respeito do afeto, pontua Vianna (2011):

“O afeto é digno de tutela porque responde fielmente àquilo que se observa na sociedade. Fingir que não existem famílias que não correspondem à estrutura consignada na Lei é restringir o direito a todos que dele precisam, ou melhor, é transformar as relações sociais em algo mínimo, perfazendo-se tal conduta um ato claro de inconstitucionalidade, pois o afeto é intrínseco ao homem, e desconsiderá-lo é violar sua dignidade”.

O afeto não tem importância apenas sob o prisma de uma relação individual, faz-se necessário sua análise de forma ampla e genérica, com isso passa-se a possuir um valor jurídico relevante, tendo em vista sua relevância quando envolve relações familiares.

Na lição de Soares (2013):

A família analisada a partir da ótica civil-constitucional torna-se o *locus* da afetividade reencontrando-se no fundamento dos laços de afeto construídos na convivência humana, bem como que recuperou a sua função de agrupamento formado por laços de comunhão de vida, despido de razões meramente patrimonialista. Disso resulta uma conclusão evidente: não é possível obstar essa nova tendência da família moderna que se verifica na sua composição a partir da afetividade. Mesmo que tal exigência não possa resultar em uma imposição legal, ela surge da convivência entre as pessoas e dos sentimentos que são ameadados entre elas. Sendo assim, não se pode negar que, nesta linha de raciocínio, a jurisprudência brasileira tem desenvolvido papel de fundamental importância para a construção de novos parâmetros, principalmente fundados no reconhecimento de modalidades de famílias quando lastradas no afeto (*grifos nossos*). Reconhecer, ou não, modalidades de famílias que não estão estampadas de forma expressa no art. 226 da Constituição Federal deixou de ser um mero capricho ou um ato de revolta contra um suposto tradicionalismo do legislador.

O direito de família evoluiu de forma significativa ao não se restringir apenas as modalidades de família previstas na Constituição Federal. Nesse sentido, a jurisprudência que tem deixado de seguir apenas o que está escrito e passando a acompanhar a evolução da sociedade, reconhecendo outros tipos entidades familiares, baseado no afeto existente nestas relações.

No ensinamento de Maria Berenice Dias (2010), verifica-se que o conceito de família foi ampliado, vejamos:

Não mais identifica como família exclusivamente o relacionamento selado pelo matrimônio. O conceito de família alargou-se passando a albergar os vínculos gerados pela presença de um envolvimento afetivo. O amor tornou-se um fato jurídico merecedor de proteção constitucional. A existência de um elo de afetividade é o que basta para o reconhecimento de uma entidade familiar. Com o desaparecimento da família patriarcal e matrimonializada, passou a família a ser identificada pelo laço de afetividade que une pessoas.

No passado não muito remoto, admitia-se somente as famílias fundadas através do matrimônio, contudo como é função do Estado garantir o direito e a constituição da família, houve a necessidade do reconhecimento de famílias constituídas por outras formas, diversas ao matrimônio, como as relações homoafetivas e concubinárias.

Na lição de Frison (2012),

Mas se a afetividade é inerente aos seres humanos, desenvolve-se ao longo da vida e se arremessa para o exterior influenciando todas as condutas jurídicas, ela se torna mais manifesta nas relações de cunho familiar. São nas relações jurídicas de Direito de Família que a afetividade se manifesta de maneira mais significativa, uma vez que as próprias relações familiares são permeadas pelos afetos. Assim, podemos concluir que as relações familiares, antes de serem jurídicas, são afetivas.

Tratando das relações familiares, Lopes (2012), assevera que “a tendência moderna é fazer da autonomia da vontade o elemento que pode construir ou desfazer laços afetivos e não a imposição de forma predeterminada para que seja reconhecida uma família perante o Estado”.

O amor e o afeto são os combustíveis que mantêm as relações familiares, com isso deve-se, cada vez mais, buscar respeitar a autonomia de vontade de cada ser humano, no sentido de reconhecer que cada pessoa é livre para escolher qual o tipo de relação é mais adequado para si.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Traçou-se um paralelo, trazendo desde o conceito de concubinato até os efeitos jurídicos atrelados a este instituto, com suas vedações impostas pelo código civil, inclusive com posicionamentos de diversos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores acerca da temática proposta.

Restou evidente a diferenciação entre união estável e concubinato, sendo que aquele ocorre quando duas pessoas são livres e desimpedidas de constituírem matrimônio, mas não o faz, e este se dá quando um ou ambos envolvidos na relação apresentam algum impedimento legal para o casamento.

Em relação aos direitos, o instituto da união estável é o que mais se aproxima do casamento, portanto fazendo jus a direitos como: o recebimento de pensão por morte, ser dependente no plano de saúde, inclusão como beneficiário de seguro de vida, pensão alimentícia, pensão por morte, meação da herança e outros direitos sucessórios.

Em contrapartida, não há legislação específica tratando do concubinato, mas sim artigos esparsos espalhados pelo Código Civil, em sua maioria trazendo restrições de direitos, fazendo com que os doutrinadores e os aplicadores da lei tenham que, muitas vezes, recorrer a interpretação para amparar com mais justiça esse instituto.

Diante da falta de regulamentação, os direitos existentes nas relações concubinárias muitas vezes não são assegurados pelos julgadores, tendo em vista que há uma margem interpretativa ampla acerca da legislação que trata do tema.

Contudo, acompanhando a mudança do conceito das entidades familiares, o nosso sistema jurídico tem sido sensível no sentido de reconhecer alguns direitos às concubinas, principalmente àqueles relativos ao direito patrimonial, como partilha nos bens, pensão por morte e a herança.

É evidente que as relações familiares sofreram grandes modificações ao longo do tempo, dando-se muito mais importância à afetividade, do que ao rigor da legislação bruta, havendo a ampliação do conceito de entidade familiar, sendo reconhecidas a união estável e as relações homoafetivas.

Antigamente, apenas as uniões fundadas no matrimônio eram abarcadas pela proteção

Estatual, deixando as demais relações a mercê da lei, causando, muitas vezes, o preconceito social em relação às pessoas envolvidas nas relações concubinárias.

As concubinas eram estigmatizadas, vistas, muitas vezes, apenas como amantes ou destruidoras de lares, fazendo com que muitas delas não procurassem o judiciário em busca de seus direitos.

Com a mudança de paradigma, a sociedade e a justiça passaram a enxergar as concubinas através de um olhar menos crítico e mais humano, levando em conta o afeto recíproco existente, muitas vezes, neste tipo de relação.

O princípio da afetividade tem recebido uma posição de destaque no direito de família, se sobrepondo, muitas vezes, a outros princípios, como é o caso da monogamia. Tal assertiva é facilmente visualizada quando observamos como a doutrina e jurisprudência tratam os casos envolvendo relações homoafetivas e abandono parental, evidenciando sempre o afeto.

Resta patente que, a orientação majoritária da doutrina e jurisprudência atual é de que as questões concernentes as uniões estáveis (antigo concubinato puro) são apreciadas pelas varas de família. Já os casos de direitos provenientes da relação de concubinato impuro são apreciados, em geral, pelas varas cíveis comuns por entenderem que se trata de sociedade de fato, portanto matéria afeita ao direito obrigacional.

Percebe-se a gradativa mudança de mentalidade de julgadores quanto aos direitos provenientes da relação do concubinato que, antes eram julgados sob a égide da lei “*stricto sensu*” e hoje procedem a uma análise mais ampla e aberta, trabalhando as demandas dessas entidades familiares como direito de família, dando assim uma abordagem mais humanizada e menos preconceituosa a essa questão.

Posto isto, evidencia-se que houve uma mudança de concepção em relação ao concubinato, como a diminuição do preconceito e o reconhecimento de alguns direitos, por parte da doutrina e jurisprudência, que tem majorado a importância da autonomia da vontade e do afeto existente nestas relações, a fim de ampliar cada vez mais a proteção Estatal a essas entidades familiares.

Conclui-se que as relações familiares, independente da sua formação, estão fundadas no afeto, sendo, portanto, juridicamente aceitas, cabendo ao Estado a função de apoiá-las e protegê-las.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Arnaldo Camanho. **Concubinato, união estável e sociedade de fato**. Revista escritórios on-line, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%20rio,_bigamia_e_uni%20o_est%20vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf. Acesso em: 30/09/2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4ª ed., São Paulo: JusPodium, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves e Rosenvald, Nelson. **Direitos das Famílias**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Lumem Juris, 2011.

FRISON, Mayra Figueiredo. **O pluralismo familiar e a mutação constante do formato de família: a constitucionalização do direito civil e dimensões do concubinato na promoção da dignidade da pessoa humana**, 2012. Dissertação (Pós-Graduação: Direito).

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

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

LIMA, Adriana Karlla de. **Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280. Acesso em out 2014.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Cinara Cecília Mendonça. A proteção previdenciária na união estável e no concubinato: **O afeto como princípio elemento de formação de vínculos**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Cinara-Cecilia-Mendonca-Lopes.pdf>. Acesso em: 27/09/2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. São Paulo: Forense, 2013.

MELO, Giovana Pelágio. **Uniãos Concomitantes**, 2010. Monografia (Graduação: Ciências Jurídicas e Sociais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil Vol.2**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense,

2011.

OLIVEIRA, Silvio Luiz. **Metodologia Científica aplicada ao Direito**. São Paulo: Thomson, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 6 ed. São Paulo: Forense, 2008.

SANTOS, Jefferson Coelho. **Valorização jurídica da afetividade nas relações familiares**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30467/valorizacao-juridica-da-afetividade-nas-relacoes-familiares>. Acesso em: 27/09/2014.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **O pluralismo familiar: antigos e novos paradigmas – o afeto em face da rigidez do ordenamento jurídico**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12818&revista_caderno=14>. Acesso em outubro de 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família: Novas Tendências e julgamentos emblemáticos**. 1 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

TOSCANO, Fernando. **Direito e Defesa do Consumidor**. 01.03.2004. Disponível em: http://www.portalbrasil.net/2004/colunas/direito/marco_01.htm. Acesso em 25/09/2014.

VALVERDE. Iracema Almeida. **Concubinato-Jurisprudência**. 2 Ed. Rio de Janeiro. Esplanada, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

VIANNA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da Esmesc, v. 18, n. 24, 2011.