



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

DAYANE RODRIGUES SIMÕES

**CONCUBINATO ADULTERINO: AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS,
À LUZ DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA**

**SOUSA - PB
2007**

DAYANE RODRIGUES SIMÕES

**CONCUBINATO ADULTERINO: AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS,
À LUZ DO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Thiago Marques Vieira.

**SOUSA - PB
2007**

DAYANE RODRIGUES SIMÕES

CONCUBINATO ADULTERINO: AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS, Á LUZ DO
PRINCIPIO DA MONOGAMIA.

BANCA EXAMINADORA

Prof.: Thiago Marques Vieira
(Orientador)

Prof.: Examinador

Prof.: Examinador

SOUSA- PB
2004

Dedico:

À Deus, que me dá força sempre
perseverar nesta caminhada muitas vezes
ádua,

Aos meus pais pelas constantes
oportunidades e amor a mim concedido.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que habita em meu coração, de onde tenho buscado todas as minhas forças e limites. Todas as minhas conquistas devo a ti, sem sua presença nada seria igual.

A meus Pais. Meus maiores incentivadores e meu alicerce terrestre, a base dos meus ensinamentos, todos os meus passos foram frutos de fôlego suor, a vocês meus mais sinceros agradecimentos por tudo o que fizeram e ainda fazem por mim.

Aos meus amigos que todos, em especial, deveriam ser citados, no entanto para evitar a vasta lista, quero especificar aquelas correlacionadas a este trabalho científico: minhas amigas de sala, Chayse, Grace e Virgínia. Tantos momentos de stress foram recompensados pela mútua assistência que cada uma depositou na outra.

Ao meu namorado Kleber que, indiretamente ajudou-me com sua presença, entendendo os momentos pelos quais não pude dar-lhe atenção, como também me socorrendo com todo apoio e disponibilidade.

Por fim, não poderia esquecer aqueles que me deram suporte científico.

Thiago, meu orientador, muito obrigada, poderia incluí-lo na homenagem aos amigos, devido a nossa antiga e harmoniosa amizade, mas prefiro homenageá-lo aqui, devido ao grande esforço na orientação desta monografia.

Ao professor: Eduardo Jorge, que por cinco longos períodos foi nosso grande professor de Direito Civil, e sempre esteve apto a nos ajudar e incentivar, grande é a minha admiração pela sua vida profissional e pessoal.

Muito Obrigada!

"Toda a doutrina social que visa destruir a família é má, e para mais inaplicável. Quando se decompõe uma sociedade, o que se acha como resíduo final não é o indivíduo mas sim a família." (Victor Hugo)

RESUMO

O propósito central do trabalho é identificar, no ordenamento jurídico pátrio, a proteção da família matrimonializada e de seu patrimônio quando o sossego e a estabilidade familiar se vêem ameaçada pela existência do concubinato adúltero. A pesquisa inicia-se como o breve apanhado sobre as origens da família e do concubinato e se estende até os dias atuais, explicitando a evolução do posicionamento tanto social quanto jurídico no que concerne à existência do concubinato. Faz explicações sob a evolução das relações concubinárias e estabelece limites de tolerância baseados no bem estar da sociedade, e também, com o intuito de evitar a injustiça social, esclarecendo os necessários pontos de divergências e conceitos utilizados no decorrer do trabalho. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizaram-se recursos doutrinários, legislativos, constitucionais e principalmente, jurisprudenciais. Tendo em vista que o princípio mais ferido pela concessão de direitos patrimoniais ao concubinato é o princípio da monogamia, plenamente importante para preservação das famílias. Não esquecendo de estabelecer pontos críticos de maiores discordância para os casais: o adultério. Conclui a apresentação dos resultados, apontando a tutela patrimonial da família e explicitando o posicionamento jurídico atual com relação aos crescentes direitos patrimoniais atribuídos ao concubinato adúltero.

Palavras Chaves: Família, Princípio da monogamia, Concubinato Adúltero. Direito Patrimoniais.

ABSTRACT

The central idea of the work is to identify, through the legal system laws, protection of the family matrimonializada and its property when the family peace and stability, are threatened by the existence of the adulterine concubinage. The search starts with the brief overview of the origins of the family and concubinage and extends up to today, explaining the evolution of the position both as social basis regarding the existence of concubinage. Do the explanations the development of relations concubinages and establish limits of tolerance based on the family structure in order to prevent social injustice, explaining the necessary points of disagreement and concepts used in the course of work. For the development of the work, is used searches doctrinaire, legislative, constitutional and, most importantly, legal. In view that the principle more injured by the granting of rights to concubinage is the principle of monogamy, full important for preservation of families. Not forgetting to establish more points of disagreement rolling for couples: the adultery. He ended his presentation of the results, pointing the authority of the family heritage and explaining the current legal position with regard to increasing rights granted to adulterine concubinage.

Keywords:

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA FAMILIAR	12
1.1 Processo evolutivo de formação familiar.	12
1.2 Processo Disciplinar da formação de famílias no Brasil	17
1.3 Alguns princípios prioritários da família matrimonializada.	21
1.3.1 Princípio da monogamia e fidelidade recíproca	22
1.3.2 A proteção do direito da Família como decorrência do respeito da dignidade da pessoa humana.	24
CAPÍTULO II - CONCUBINATO E SUAS ATRIBUIÇÕES	27
2.1 Análise do concubinato e as espécies de uniões de fato	27
2.2 Concubinato puro e impuro.	32
2.3 Concubinato adulterino.	35
2.4 O concubinato adulterino e a união estável	38
CAPÍTULO III - DISCUSSÃO JURÍDICO-SOCIAL DOS DIREITOS DO CONCUBINATO ADULTERINO.	43
3.1 Análise legislativa que reprovam o concubinato impuro.	43
3.2 Tendência jurisprudencial ao tratar das normas supra.	48
3.2.1 Meação em razão da extinção do concubinato adulterino	50
3.3 Estudo e rebates dos casos jurisprudências.	52
CONCLUSÃO	58
REFERENCIAS	62

INTRODUÇÃO

A união milenar e histórica do homem e da mulher é o principal meio de formação familiar, sendo assim, o processo legislativo social por grande decurso de tempo concentrou direitos e deveres exclusivamente na instituição do matrimônio. No entanto, como o direito é uma variante, surge, atualmente, um elevado número de uniões informais que angariaram importância no espaço jurídico. Entre estas diversas relações, a tendência é dividir espaço com outros tipos de uniões: as relações impuras, conhecidas como concubinato adúltero.

Baseados na flexibilidade das relações interpessoais, decorrentes do progressivo afastamento do conceito sacralizado de família, a sociedade vem conduzindo-se a aceitar as mais variadas formas de relacionamentos. As normas, antes tidas de caráter rígido, tendem a se abrandar e com elas, a formação familiar passa por profundas rachaduras, que deveriam ser evitadas.

O trabalho que se iniciará tem como meta abordar a evolução basilar da sociedade, sob um aspecto formal e cultural, que demonstre ao mesmo tempo, as constantes mutações sofridas pela instituição familiar, e os princípios que a norteiam.

O objetivo pretendido é analisar os dispositivos legais que tutelam a família, seja ela matrimonial, união estável, e/ou concubinária. Não esquecendo de esmiuçar os variados posicionamentos jurisprudências, que concedem ou não direitos aos relacionamentos tidos como impuros.

A evolução da civilização moderna tornou a estrutura social mais elástica, aberta para as mais divergentes posições, por tanto se faz necessário estabelecer

parâmetros e limites que não façam do direito moderno uma grande banalidade social.

A importância deste estudo surge da necessidade de fazer uma análise social baseada nos princípios de formação familiar, para poder esclarecer a construção de uniões familiares resultantes de relações não matrimoniais, distinguindo-as das demais e esclarecendo os direitos a elas conferidos, e principalmente distanciando as relações concubinárias da união estável, fundada no princípio da monogamia e no respeito à dignidade humana.

A grande problemática é esboçar as diversidades de opiniões já formadas, tendentes a levar-se por um prisma subjetivo, que nem sempre é condizente com o sistema legislativo, atribuindo assim, direitos a quem mereceria punição, como ocorre com o adultério.

O estudo visa abordar também, a tendência atual do magistrado, pressuposto fundamental para execução do direito, vez que se visa aplicar justiça ao concubinato adulterino, e muitas vezes esta se faz em detrimento das famílias matrimoniais.

A pesquisa será impregnada de forte conteúdo interpretativo, mas para não dissociar o estudo da prática analisar-se-á julgados de alguns tribunais que já se debruçaram sobre o tema. Mas é na colheita bibliográfica que repousará a forma preponderante de perquirição da temática levanta, utilizando-se de doutrinas consagradas sobre Direito Civil, além de textos e artigos coletados em meio eletrônico. Serão utilizados, assim, os métodos clássicos de interpretação, tais como o literal, o sistemático e o histórico, além do método exegético-jurídico, e o dedutivo.

Para a consecução do desiderato proposto o primeiro capítulo visa estabelecer uma análise evolutiva da união familiar, gerada pela união dos casais, para poder chegar ao que hodiernamente se tem como base e critério familiar, e

assim, poder embasar os devidos princípios preponderantes de cada época social. Como também, visa atribuir, às condutas conjugais, uma gradação de acontecimentos que esboçam as opções pelo concubinato e sua realidade, mostrando as etapas mais importantes submetidos por todo o processo evolutivo.

O segundo capítulo, por vez, visa estipular o conceito de concubinato, estabelecendo pontos de encontro e divergência, que as mais variadas épocas atribuíram. Distinguindo o entendimento do que hoje se tem por concubinato, união estável e relações sexuais esporádicas. Assim, com o conhecimento do conceito de concubinato adúltero, fica mais fácil relacioná-lo com os demais *status* de união entre casais, e conferir os devidos direitos e deveres a todos cabíveis.

Por fim, o terceiro capítulo será o enfoque atual, buscando recursos na legislação no que diz respeito as relações impuras, e a forma de sua aplicada, pelo magistrado. Estabelecendo pontos críticos dos casos concretos julgados pela atual jurisprudência. Levando-se em consideração, as conclusões formadas sob o tem, ameadados pelas mais divergentes posições.

CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA FAMILIAR

O histórico evolutivo da união do homem e da mulher, sempre foi um fator determinante a cada época, que, com o alvorecer dos séculos tomou formas peculiares adequadas à modalidade social vivida. Constituída por predominantes conceitos e dogmas, em determinado momento e lugar, a família, formação natural de união conjugal, é uma das instituições que mais se alteraram no curso dos tempos.

Conforme Noemi Alves Fardin (1988, p. 17), hoje, família é *“conjunto de pessoas que se acham vinculadas entre si pelo matrimônio ou extramatrimônio, pela filiação e pela adoção”*.

Longe de ser um instituto linear, estável, a família sofreu e sofre ainda hoje, grandes mutações em sua estrutura, capazes de atribuir princípios norteadores predominantes em cada seio social. Assim a junção histórica do homem e da mulher, resultante na formação familiar merece tratamento adequado, conforme sua época.

1.1 Processo evolutivo de formação familiar.

A cada época, a constituição familiar é acolhida conforme os seus princípios e costumes, analisados pela sociedade vigente. E assim, cada Estado, no decorrer dos tempos, fora marcado por fenômenos específicos e mutantes. Primordialmente as civilizações eram caracterizadas por um estado

garantiam a subsistência unicamente da caça, pesca e coleta de frutos. Nessa fase nômade o homem não cultivava raízes, logo necessitava de constantes locomoções para busca de alimentos. Não tardou para a vida nômade ser extinta, o homem começou a plantar e domesticar animais, passando então, ao estado da Barbárie.

Nesta época surgiram os grupos familiares, que, inicialmente fora marcado por relacionamentos abertos, ou seja, os membros de cada grupo relacionavam-se entre si, sem preconceitos ou exclusividades, assim sendo podia-se entender que, o homem relacionava-se com várias mulheres, e a mulher pertencia a vários homens. A inviabilidade destas relações surgiu da impossibilidade do reconhecimento do pai (genitor masculino), uma vez que a mulher (tanto como o homem) exercia várias relações sexuais, e que, por uma questão lógica, sabia-se apenas quem era a mãe (genitor feminino).

Sem dúvida as necessidades humanas, norteadas pela busca de uma sobrevivência digna e cada vez melhor, explica as constantes alterações sofridas pela família ao longo da história.

Para adaptar-se melhor ao meio, os grupos primitivos foram deixando de existir por diversos fatores, e dentre eles pode-se destacar: o elevado aumento populacional, as grandes viagens e conseqüentemente, as descobertas de culturas diferentes, a busca por terras novas, a guerra. Uma mutação que necessitava adequar-se aos acontecimentos evolutivos, fazendo com que os homens buscassem novas maneiras de se relacionarem, e assim distanciaram-se dos relacionamentos poligâmicos doravante predominante. E, por conseqüência deste processo de mudanças, surgem às primeiras civilizações.

Aponta neste contexto Caio Mário da Silva Pereira (1997), citado por Sílvio Venosa (2003, p. 17):

Os historiadores fixam neste fenômeno a primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia). Nesse diapasão, no curso da história, o homem marcha para relações individuais, com caráter de exclusividade, embora algumas civilizações mantivessem concomitantemente situações de poligamia, como ocorre até o presente. Desse modo, atinge-se a organização atual de inspiração monogâmica.

Ainda que esse primitivo processo histórico tenha deixado de existir, foi alastrada para cada lugar uma maneira específica de se relacionar, existindo ainda alguns resquícios, por exemplo, de poligamia e bigamia.

Sílvio Venosa (2003, p. 17) relata que, "*a monogamia desempenhou papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno*". Esse processo, a princípio, para a maioria dos historiadores, teve que ser garantido como medida para combater a infidelidade feminina, e assim garantir a certeza da paternidade masculina para efeitos de prole, surgindo de forma gradativa a necessidade de continuar o processo evolutivo das famílias agora formadas.

A importância supramencionada, não foi, em tese, atribuída ao homem, uma vez que não se combateu a fidelidade masculina, estabelecendo-se por consequência, uma formação voltada aos direitos masculinos e que, nesta linhagem, a fidelidade passou a ser dever de compromisso unicamente da mulher. Tendo comumente o homem sua esposa, dedicada ao lar e a geração da prole, e em muitos casos uma concubina, a quem não se atribuíam direitos inerentes à entidade familiar.

A Civilização Romana foi, e, é grande marco para caracterização de toda sociedade, talvez devido à formação de um grande Império, que através de grandes conquistas militares, geraram a dominação dos povos vizinhos, expandindo suas idéias, culturas e dogmas, através de sua crescente população, marcando a humanidade e toda uma geração.

Os romanos exerciam o *Pater Poder*, forma peculiar de formação familiar, no qual subordinavam todos os entes ao crivo do homem. A mulher, os filhos e os escravos eram propriedades do cidadão romano, que exercia total poder sobre eles.

Em Roma além do casamento religioso, era conhecida a *coemptio*, casamento em que a formação familiar estava praticamente voltada a um negócio, no qual o detentor do *Pater Poder* efetua a compra e venda da mulher. A esse matrimônio dava-se o nome de *cum manu* onde a mulher ao casar-se perdia toda relação de parentesco com o pai e passava a ter ligação apenas com a família do marido. No entanto, por questões patrimoniais, especificamente para assegurar a herança gerada pela família da mulher, que anteriormente era desligada de seus pais, por contrair matrimônio, passou a existir um ritual estacando na Lei das XII Tábuas, onde a mulher ausentava-se da casa do marido por três noites consecutivas de cada ano (*usurpatio trinoctii*), passando assim a existência do casamento *sine manu*, onde a mulher não perdia seus laços familiares depois de contraído as núpcias. Com evoluir dos tempos passou a predominar o *usus* como forma mais adotada, isto por possuir largos efeitos, e tendo em vista, o casamento ser predominantemente voltado aos interesses patrimoniais.

Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 15) define que:

O pater exercia sua autoridade sobre todos os dependentes não emancipados, sobre a esposa e as mulheres casadas com manus com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional (...) Com o tempo, a severidade das regras foi atenuada, conhecendo os Romanos o casamento sine manu (...).

Sabe-se também, que aos homens que não eram livres (os escravos) era negada a possibilidade de contrair matrimônio. Contudo para aqueles mais privilegiados era permitido a forma estável de união, um espécie de concubinato.

O cristianismo surgido em Roma aflorou o sentimento da união afetiva ligada ao casal, no qual apesar da primitiva ligação formada por interesses patrimoniais, elevou-se o matrimônio ao estado de sacramento, incentivado pela possibilidade da descoberta do amor após a convivência matrimonial. No entanto, as relações entre as classes dominantes ainda eram voltadas à vida patrimonial, abrindo-se, desta forma, grandes margens para o adultério masculino.

Diz Sílyio Venosa (2003, p. 38) que “a natureza do vínculo do casamento romano desgarrado do sentido original o aproxima do concubinato. Somente o Cristianismo transforma essa noção, ao considerar o matrimônio um sacramento”.

Passada a valorosa contribuição da entidade Romana, a era da industrialização também foi determinante para uma nova fase de formação familiar. Surgem novas concepções, nas quais o homem passa a viver em grandes centros urbanos, com vida voltada à crescente burguesia, proporcionando relações mais igualitárias entre o homem e a mulher, uma vez que foi almejado um ideal Burguês de Liberdade e Igualdade.

Contudo, o ideal burguês, não mudou muito a posição da mulher na constituição familiar. Por muito tempo viu-se a preponderar o homem, nos relacionamentos conjugais, que por questões sociais, trabalhava para o sustento do lar, e a mulher continuava a dedicar-se aos afazeres domésticos. A evolução do papel da mulher no seio familiar deu-se a partir do momento que o universo feminino passou a construir seu espaço, e exigir do homem maior fidelidade.

Os grandes centros urbanos foram os primeiros a passar por um processo evolutivo, nos quais as mulheres vêm conquistando seu espaço, e tentando igualar seu papel na constituição da família, em direitos e obrigações.

1.2. Processo Disciplinar da formação de famílias no Brasil.

No decorrer dos fatores históricos supracitados, as famílias formadas, sofreram grandes influências dos procedimentos evolutivos estrangeiros, que refletiram diretamente no processo habitacional do Brasil, pelo fato do país, ter sido colônia por muito tempo.

Os primeiros habitantes brasileiros, à exceção dos nativos, encontravam-se em meio a um processo avançado de relações familiares, já que a figura da instituição familiar cristã preponderava no seio Lusitano. As relações entre nativos e estrangeiros fora bastante intensos, por inúmeros motivos; porém o principal foi o domínio dos portugueses sobre os habitantes encontrados, o que facilitou a miscigenação ocorrida na fase do Brasil Colônia.

Maria Helena Diniz (2006, p.54), afirma que “no Brasil, por muito tempo, a Igreja Católica foi titular quase que absoluta dos direitos matrimoniais; pelo Decreto de 3 de novembro de 1827 os princípios do direito canônico regiam todo e qualquer ato nupcial[...]”

O grande apogeu e fator relevante para a codificação da formação legislativa dos tempos passados e atuais fora à Era do Café no Brasil, refletindo um pensamento patriarcal caracterizado pelos fatores econômicos e políticos vigentes, que manipulava toda a vida social.

Maria Luiza Pereira de Alencar M. Feitosa (1999), em seu artigo diz que:

No Brasil, a legislação civil codificada reflete o pensamento da burguesia agrária cafeeira que detinha o poder político e econômico e manipulava a política nacional. As classes médias urbanas estavam politicamente vinculadas às classes dominantes, invejavam seus privilégios e cultivavam os seus valores. É patente a influência do direito canônico na formação

desses valores e indiscutível a influência da religião e da moral na formação dos vínculos familiares e na adoção das soluções legislativa.

No século passado, os relacionamentos eram eivados de grandes formalidades, compromissos pré-estabelecidos e, conseqüentemente, grandes números de adultérios. Contudo as relações extraconjugais eram discretas e na maioria dos casos, secretas, vez que havia grande rechaça social, mesmo assim, desenvolviam-se famílias não matrimonializadas que por algum motivo estabeleceu do casamento, passavam a ser tidas como famílias ilegítimas.

Até meados da década de 30, o sistema agrícola preponderava, e a sociedade era praticamente patriarcal, quer por influências culturais e principalmente religiosas, matinha a característica marcante da Antiguidade, onde o marido era o chefe da casa, detentor de toda administração familiar, como por conseqüência a administração do patrimônio, restando à esposa os afazeres domésticos.

A República, a princípio, foi grande cópia da aristocracia oligárquica, que aos poucos foi cedendo espaço aos anseios da grande massa. Essa estrutura refletiu nas legislações que foram se modificando conforme as etapas de formação familiar. Tanto é, que o Estado passou a acompanhar a evolução urbana, e uma das mudanças significantes foi o desmembramento da Igreja Católica do Estado Brasileiro, estampado na Constituição de 1891, na qual o Estado passou a exigir o casamento civil.

Influenciado pela cultura vigente, e pela formação já atribuída a uma sociedade emergente, o Estado vê-se desvinculado do poderio religioso, abarcando características até então formadas, como por exemplo, a não possibilidade da dissolução do matrimônio e a *capitis deminutio*, a incapacidade relativa da mulher e entre outros a distinção legal de filiação legítima e ilegítima.

Contudo, grandes conflitos, não encontravam na lei soluções concretas, por questões dogmáticas. As relações extramatrimoniais, por exemplo, esbarravam em barreiras legislativas que pouco ajudava a estruturar as mudanças sociais, tanto é que o Código Civil de 1916 e suas leis anteriores vigentes, não traziam soluções concretas às necessidades populacionais.

Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 12) em sua obra diz:

A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência então chamado de concubinato, 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.

A precariedade da legislação, condizia aos antigos dogmas sociais, dentre eles, por exemplo, o não reconhecimento de filhos fora do casamento, que eram tidos por impuros, por não terem sido gerados através de justas núpcias. A discriminação atribuída aos relacionamentos não matrimoniais, impossibilitava o reconhecimento dos filhos, que na época eram divididos em naturais (gerados por homem e mulher que não eram impedidos de casar) e espúrios (resultantes de relações adulterinas ou incestuosas), a estes últimos não era possibilitado o reconhecimento.

A legalização perquirida, para a união entre o homem e a mulher, sempre foi exigência advinda da estrutura social, que procurava proporcionar e garantir segurança as uniões. Isso, contudo, nem sempre foi absoluto, e com o tempo cresceu o número de pessoas que passaram a manter convívios duradouros, porém não legalizados.

Os dogmas anteriormente vigentes foram aos poucos diluindo e, conforme a vida urbana foi crescendo, passando a inexistir. A família que anteriormente era

constituída por ligações puras de matrimônio, passou a ser formada também, por um número elevado de uniões informais, geradas, a princípio, nos grandes centros urbanos.

Ante o exposto, a legislação voltada apenas à classe matrimonial, viu-se a obrigada a regulamentar as formas de uniões não matrimoniais, pelas quais eram atribuídos às mesmas características da família legítima (união estável).

A família passou a abarcar prismas divergentes dos costumeiros, tanto é que o divórcio tardou em ser legalizado, o que só veio a ocorrer no ano de 1977, já que este fato, antigamente, era visto como aberração pela sociedade, ao contrário do que ocorre nos dias atuais.

O que a família matrimonializada versa de diferente de outras relações conjugais é, principalmente, a existência de um contrato matrimonial, ou seja, o que se tem por base para o formalismo originado no casamento é todo o processo solene, do qual advêm direitos e obrigações. Porém, para alguns casais, a formação familiar não necessitava passar por tamanha formalidade, talvez, os motivos dessa nova opção, possam ser atribuídos à insegurança gerada pelas constantes brevidades das relações conjugais, ou até mesmo, por questões de livre opção, atribuída ao fato da mulher não mais depender do cônjuge e, conseqüentemente, não mais submeter-se ao seu crivo. É neste turbilhão de mudanças no seio familiar que a Constituição de 1988, dentre várias inovações, expôs no seu art. 226 § 3º 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"*.

Sob o aspecto geral, a Constituição de 1988 veio adequar-se a grandes necessidades populacionais, que, ainda assim, necessitavam de complementação e

maiores abordagens, daí advieram a Lei 8.971/94 e logo em seguida a Lei 9.278/96, ambas regulamentando a União Estável.

Para muitos doutrinadores esse fenômeno, entre os vários sofridos, fora marcante. Assim diz Venosa (2003, p. 35)

[...] o estudo tradicional de nosso direito de família sempre evitou, no passado, tratar do casamento ao lado da união concubinária. Muitos foram os que entenderam, até as últimas décadas que a união sem casamento era fenômeno estranho ao direito de família, gerando apenas efeitos obrigacionais [...]

É bem verdade que a família matrimonializada sempre foi entidade capaz de gerar direitos, mas não longe desta realidade, a obrigação da fidelidade nem sempre foi seguida, e quando junto a elas estão à constituição de outras famílias, devem-se preservar direitos a quem os têm, distanciados de preconceitos, vez que as mudanças ocorridas no seio social requerem desprovimento de condutas antiquadas, doravante não mais aceitas, entre estas, os reconhecimentos de filhos não advindo do casamento, o concubinato, a impossibilidade das doações entre concubinos (...) Fatos estes que vão, mais uma vez, fugindo das relações matrimoniais, legitimando a geração de efeitos.

1.3 Alguns princípios prioritários da família matrimonializada.

Dentre os vários princípios que versam sobre a família institucional brasileira, existem dois, que interessam mais decisivamente ao estudo das uniões concubinárias impuras, resultantes de adultério. Não que estes sejam os únicos

princípios pertinentes ao tema, mas são os que de forma direta contribuirão para discussão que se desenvolverá nas linhas futuras.

1.3.1 Princípio da monogamia e fidelidade recíproca

A estrutura familiar, recheada de cuidados costumeiros e legais, busca atribuir critérios que não desvalorizem o seu caráter. Contudo, vários elementos são, amplos e importantes para a formação familiar. Tanto que, o que se busca é dar prioridade e importância à afetividade e ao respeito mútuo. Assim, a monogamia entra no universo dos casais, na maioria dos lugares, como prioridade básica para harmonia entre eles.

Entende-se como critério natural das relações, o sistema pelo qual o homem possui uma só esposa ou companheira, e a mulher apenas um único marido ou companheiro, a esse habitual status é denominado monogamia.

Assim, Whashington de Barros (apud Thiago de Almeida Quadros), que diz:

Em todos os países em que domina a civilização Cristã, a família tem base estritamente monogâmica, que, no dizer de Clóvis, é o modo de união conjugal mais puro, mais conforme os fins culturais da sociedade e mais apropriados à conservação individual, tanto para os cônjuges como para a prole. A monogamia constitui a forma natural de aproximação sexual da raça humana.

Para todos os processos sociais, até mesmo os econômicos, o sistema habitual tratou de estabelecer critérios naturais de afetividade, devendo ser respeitados e seguidos, embora tantas outras normas, atualmente consideradas obsoletas, tenham desaparecido aos poucos da instituição familiar, como por

exemplo, o *patrio* poder, a obrigatoriedade do matrimônio. Ainda assim, a monogamia continua como pilar social para a ideologia afetiva.

O regulamento da monogamia, não está restrito ao simples fator moral a ela atribuída, é imposição legal capaz de gerar grandes controvérsias e rechaças, tanto socialmente como no âmbito legislativo. No entanto é importante afastar de sua análise qualquer critério de discriminação, isto posto grandes mitos, como o divórcio, a impossibilidade do reconhecimento de filhos extramatrimoniais, entre outros citados, estão desaparecendo do ordenamento atual e ganhando novos pontos de análise.

Assim, manter a coerência na aplicação da monogamia é por demais importante, no entanto, os envolvimento concubinários paralelos ao casamento ou a união estável existentes devem-se ser analisados sob um ponto de vista humanitário afetivo, capaz de fazer preponderar à fidelidade recíproca entre o cônjuge, desde que essa análise não venha a banalizar a instituição familiar.

No que respeita à monogamia, a sua não observância gera violação as condutas morais, de âmbito jurídico civil e penal. Por isso a legislação tem se restringido a combater formas contrárias à monogamia, com intuito de conservar o que é fundamental para a sociedade: o bem estar familiar.

Thiago de Almeida Quadros (2003) relata ainda que:

O desrespeito ao modelo monogâmico implica, nos casos de duplo casamento, a nulidade de pleno direito daquele realizado por último. Em se tratando de posterior envolvimento afetivo não oficializado, a existência e gozo efetivo de prévio casamento ou união estável desautoriza seja este envolvimento abarcado pelas previsões legais pertinentes a união estável.

A monogamia não existiria, se atrelado a ela, não existisse uma fidelidade recíproca. Fidelidade esta, relacionada a uma troca mútua de afetividade, respeito, cumplicidade, isto quando inseridos ao dever conjugal, podem advir várias

particularidades de infidelidade: de esporádicas á duradouras. O que a norma e a sociedade busca e requer é que a fidelidade prevaleça entre as relações conjugais.

1.3.2 A proteção do direito da Família como decorrência do respeito da dignidade da pessoa humana.

A família, entendida como a base da sociedade, tem uma especial proteção do Estado. Como a idéia de família esta diretamente atrelada às relações conjugais que, na maioria das vezes, são as responsáveis pela constituição do lar e extensão da família, o Estado, de forma reflexa acaba por proteger as relações conjugais quando normativiza a proteção da família.

Gustavo Tepedino (apud Carlos Roberto Gonçalves) (2006, p. 6), que diz:

A milenar proteção da família como instituição, unidade de proteção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

O entendimento da formação familiar é extremamente importante, principalmente, quando se almeja analisar as relações conjugais, e por conseqüência, os direitos de cada um, visto ser basilar que, a sociedade mantenha o máximo de meios coerentes do ponto de vista cultural, ético, religioso e econômico, para que ao fazer esta junção, o Estado possa fornecer uma proteção adequada. Assim explica Wilson José Gonçalves (2007).

Da solidariedade que deve reinar entre as pessoas, quer conhecidas que desconhecidas, decorre do vínculo de convivência, que é o elemento balizador do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), ou seja, o ponto que eleva o ser humano ao status de sua realização: reconhecer-se e ser reconhecido.

Em face do exposto, a Carta Magna de 1988 além de estampar nitidamente o princípio da dignidade da pessoa humana, quando se preserva e se trata com respeito os direitos coletivos ou individuais, está momentaneamente assegurando uma proteção integral que servirá de base à formação da vida em sociedade. A Constituição Federal no art. 226 enfatiza a proteção familiar. Ao Estado, não era permitida conduta diferente ao deparar-se com os direitos humanos, já que pessoa merece ser tratada com o mínimo de respeito, dignidade e igualdade, estabelecido assim ter-se-ia uma prática com resultados significativos para todas as famílias.

Essa visão coerente, trazida hoje pela constituição, tem um âmbito mais elástico, que por conseqüência, é mais aceita pela população, não deixando de ser uma conquista expressiva das relações entre casais, onde se busca cada vez mais seus direitos baseados na segurança dada, através do mínimo de preservação da dignidade individual.

Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 6) ressalta que “a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo”.

Os direitos patrimoniais, ainda, têm grande percentagem de incentivo e participação na elaboração da Constituição, muito embora quase todo o ordenamento reluzas questões de âmbito financeiro. Mas esse ponto de vista, vêm se alargando, fazendo com que exista segurança elástica a todos, e não apenas uma parte da sociedade. Tanto é assim que, na própria família, o que predominava

era a proteção única e exclusiva do homem, onde na maioria das vezes, não os merecia. Hoje tem maior número de direitos, que no geral, partem do princípio da dignidade de cada indivíduo, tanto é, que houve a igualdade entre os cônjuges, assegurando direitos iguais tanto ao homem quanto a mulher, claramente declarado no Art. 5º da CF:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Assim, não deixando de ser diferente, pode-se repetir as palavras de Carlos Roberto (2003), que adequadamente diz, o "*direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito*", onde resumidamente, é a forma de tratamento dada às relações familiares, deve ser aquela mais humanitária, e adequada à realidade social.

CAPÍTULO 2 CONCUBINATO E SUAS ATRIBUIÇÕES

O disciplinamento legal sobre concubinato é um estudo recente, apesar de existente há muito tempo, sua inclusão no sistema não é superior a três décadas. Vindo a ser inserida, apenas, na Constituição Federal de 1988, como instituto capaz de gerar direito.

A união estável, geradora de famílias, surge como opção àqueles que não instituíram vínculo matrimonial. Com todas as nuances que lhe são peculiares ocupa, atualmente, posição de destaque no estudo do direito de família.

Nessa esteira de pensamento do capítulo em tela abordará o concubinato diferenciando-o das relações ditas afins, tal qual é a mencionada União Estável.

2.1. Análise do concubinato e as espécies de uniões de fato.

A sociedade, quando institui o casamento como regra de conduta social, o faz de forma convicta a resguardar todos os seus direitos e deveres, priorizando sempre a entidade familiar. Porém, surge à problemática das uniões não matrimoniais, que tendem a expandir e, conseqüentemente, requerer assistência jurídica necessária aos casos concretos.

As relações onde inexistente o vínculo matrimonial, por muito tempo, foram alcunhadas, apenas, por concubinato. Ou seja, àquela comunhão entre casais,

estabelecendo relações semelhantes ao casamento, mas que, não possuem os esposais matrimoniais.

Concubinato vem do Latim *concupas, concubinatis*, que em outras palavras significa dizer “dorme”, “se deita com”. No decurso dos tempos, o concubinato fora se generalizando e passando a denominar-se também, como união livre. Vários foram os tratamentos dados, e qualquer relação entre homem e mulher, caracterizada por não possuir laços matrimoniais, estas eram apregoadas com as seguintes terminologias: união estável, companheiros, uniões livres ou concubinato.

Venosa (2003, p. 50) afirma que Bittencourt foi precursor em falar sobre união livre e concubinato, sendo de grande valia para a idéia central, ao dizer que “companheira é a designação elevada que se dá à mulher unida por longo tempo a um homem, como se fosse sua esposa; mas, como não existem os laços do casamento civil, é concubina”.

De forma geral sabe-se que o concubinato pode ser tratado como o “envolvimento” entre homem e mulher onde não existe vínculo matrimonial. É o meio mais elástico de unir grandes atributos dados ao concubino. Amante, união estável, companheiros, dentre outros, o concubinato por vários motivos sociais e éticos foi ao longo dos tempos mudando e sendo tratado, muitas vezes, como união impura, ilegal, causadoras de grande preconceito e discriminação.

De início, concubinato era visto como pecado social muito grave, por associá-lo diretamente ao adultério, e por questões preconceituosas; plantadas muitas vezes pela moral-religião, o concubinato tardou a ser reconhecido e tomar as características atuais.

O primeiro entendimento dado a concubinato pode ser expressivamente dado por Noemia Alves Fardin (1995, p.36), “é o concubinato, em sentido próprio, a união

livre desvinculada de qualquer impedimento legal, constituída de elementos que valorizam certa forma de união, principalmente os elementos subjetivos”.

Por fatores doravante citados e, principalmente, pelo fato do Estado proteger apenas as entidades familiares matrimônias, o concubinato tomou formas específicas, caracterizando-se de modo geral por ser uma relação entre homem e mulher capaz de manter vínculos estáveis, de caráter duradouro, semelhantes aos de marido e esposa. Presumivelmente, devido ao costume matrimonial, ambos relacionam-se sobre o mesmo teto, mesmo inexistindo o contrato nupcial.

A antiga ligação do concubinato ao relacionamento impuro, gradativamente distancia-se das uniões de caráter esporádico, nas quais o homem e mulher estabelecem, apenas, vínculo sexual (apenas desejo carnal de relacionar-se). Mesmo que no Brasil seja tão comum tratar toda concubina como amante, é necessário distinguir uma da outra. Apesar de em ambas as relações haver estabelecimento de vínculos sexuais, o concubinato abarca outras características não presente nas relações entre amantes, tais como um relacionamento mais duradouro e pautado em grau mais elevado de afetividade.

A união quando é livre (aberta), diferencia-se do casamento, por ter grande liberdade de descumprir os deveres conjugais a este inerente. É mais fácil romper um estado de união livre, vez que para tanto, não são conferidos maiores direitos, sendo mais improvável a possibilidade de futuras indenizações. Destarte, a hoje união livre, não é mais entendida como concubinato, uma vez que aqueles que se encontram sub-jungidos relacionados a tais *status*, não constituem um ente familiar, apenas poderão possuir características de sociedade de fato, visto não terem o intuito de formar laços familiares. Não existem compromissos maiores um para como o outro.

Bastante comum, hoje em dia, é o “contrato de namoro” em que os conviventes estabelecem, a manutenção de relações mais “abertas” que, apesar do caráter desprovido de maiores responsabilidades, deve ser devidamente analisados para que não ocorra o locupletamento indevido.

Assim aduz Maria Helana Diniz (2006, p. 366):

[...] a união estável perde o *status* de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar, logo não pode ser confundida com a união livre, pois nesta duas pessoas de sexos diferentes, além de não optarem pelo casamento, não têm qualquer *intento* de constituir família, visto que, tão-somente, assumiram “relação aberta” ante a inexistência de compromisso.[...]

Necessário esclarecer que, união estável e concubinato são formas que diferem da união livre. Assim ficou claro que as relações com características semelhantes ao casamento ganham o *status* de entidade familiar, divergindo pois, da relação entre amantes e das uniões livres, em que há deliberação de rejeitar o vínculo matrimonial, graças ao propósito de não assumir compromissos recíprocos.

Destarte, hoje, a proteção jurídica constitucional, recai além do vínculo matrimonial, abrangendo agora aquelas que não possuem impedimento para casar, mais mantém uma relação estável, contínua, duradoura entre homem e mulher, que objetivam a constituição de uma família.

A proteção dada ao matrimônio, passa a sê-lo atribuído, também às uniões estáveis, denominadas por apresentar as seguintes características, segundo Maria Helena (2006) [1]: diferença de sexo, pois entre pessoas de sexos iguais, de convívio estável e contínuo, haverá tão somente uma sociedade de fato. As meras relações sexuais acidentais ou precárias, ainda que repetida por muito tempo não revelam companheirismo, deve-se ter a ligação permanente entre o homem e a mulher para fins essenciais à vida social. [2] Ausência de matrimônio e impedimentos para casar, processo natural cuja análise será mais aprofunda. [3]

Notoriedade de afeições recíprocas; a ligação deve ser notória, mesmo que discreta, o mais importante é que não seja exatamente secreta, para não ser taxada como entidade proibida ou impedida, mantendo uma convivência segundo os costumes do casamento notório, condizendo ao tratamento social. [4] Honorabilidade, o companheiro deve ser digno de respeito, fidelidade e lealdade, para que, a intenção de constituir um lar, seja fruto de instabilidade e companheirismo. E por fim, [5] a coabitação e colaboração de ambos para o sustento do lar, mesmo que um deles seja dependente do outro, deve existir a cumplicidade perquirida pelo casal, com o advento de prole ou não.

É importante entender as características da *more uxório* para atribuí-las as uniões estáveis. Embasado no sentido subjetivo de maior importância para a sua classificação, por envolver uma comunhão de vida totalmente similar ao casamento. Alguns atributos devem predominar como: a mútua assistência, a atenção para com o companheiro, a recíproca troca de afetos, ou seja, todo o aparato que uma relação matrimonial requer.

Bastante nítido, é o conceito dado no art. 1º da Lei 9.278/96, onde diz que, união estável é "Reconhecida como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Assim reluz Maria Helena (2006, p. 372):

O que importa é que nessa convivência haja afeição recíproca, comunhão de interesses, conjugação de esforços em benefício do casal e da prole, se houver respeito e assistência moral e material, ou seja, companheirismo.

Atualmente, o Concubinato diverge das demais relações principalmente quando distanciar-se da própria união estável, como enfatiza Silvio Venosa (2003, p. 451) "[...]o legislador optou por destingir claramente o que se entende por união

estável e por concubinato, não podendo mais essas expressões ser utilizadas como sinônimas, como no passado[...]"

Costuma-se dizer que concubinato é o gênero, do qual união estável é a espécie. O concubinato passou a distanciar-se e restringirem-se as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. A problemática incide quando, analisado sobre esse contexto, surja à confusão em adequar os vários tipos de relações não matrimoniais, impedidos ou não.

As relações mais semelhantes são aquelas que a doutrina costuma dividir, o concubinato puro e impuro.

2.2. Concubinato puro e impuro

As relações que possuem todas as características matrimoniais e mesmo assim, são impedidas de contraí-las, são denominadas concubinato. Mas as relações esporádicas, ou aquelas de cunho eminentemente sexual passageiro, ou mesmos que permanente não exista a *more uxorio* entres os casais, não cabe a estes relacioná-los aos Concubinos.

Os vários tipos de relações são facilmente percebidos quando suas características são bem analisadas. Assim, atualmente, a doutrina costuma dividir o concubinato em puro e impuro. O concubinato será tido como puro quando são lhes atribuídos valores semelhantes à união estável, ou seja, suas especificações são iguais ao que hoje é conhecido como uniões estáveis, não apresentam impedimento algum para o casamento.

A importância desta diferença prepondera quando se necessita atribuir direito, tanto é que, por exemplo, na união estável ou concubinato puro o direito facilita a conversão em casamento. Assim, a Constituição de 88 trouxe o Concubinato puro, dando-lhe a devida proteção logo, não existiu impedimentos legais para sua convolação.

Destarte, o concubinato o impuro, distingui-se por haver uma reprovação de sua conduta, por sê-la incestuosa ou adúltera. Ambas as relações mesmo que tenha um vínculo estável, permanente, com características próprias ao casamento, estão eivas de impedimentos legais para sua existência.

A principal semelhança das relações incestuosas e adúlteras é o impedimento existente de contrair os laços do casamento, este fato pode dar-se quando existir, por exemplo, um triângulo amoroso, entre um homem casado e uma concubina, ou ainda, quando os casais são parentes próximos.

As relações extramatrimoniais que por muito tempo mantêm laços, podem está restritas a vários motivos. Entre estes, é dada como impura, as relações eivada de impedimentos que conseqüentemente não deve, em regra, gerar direitos iguais aos ditos "puros".

As relações podem ser impuras por dois motivos: resultantes de adultério e as incestuosas. Ter-se-ão concubinato incestuoso, quando estas forem de caráter sexual e/ou marital entre parentes próximos, não necessariamente qualquer um dos entes familiares, apenas os tidos como mais próximos, por exemplo, as relações entre os irmãos, ascendente e descendente, e em alguns casos as relações entre tios e sobrinhos.

As incestuosas são, por um todo complexas, embora muitas vezes seja fácil de caracterizar-las, geralmente depende da localidade e do grau de parentesco,

tanto é que, o fator sangue nem sempre é o preponderante para caracterizar o incesto, vez que a legislação proíbe o casamento entre sogro(a) e nora(genro), entre irmão adotados, que por uma questão ética estão ligados por fortes laços familiares.

Exposta as relações concubinárias incestuosas, restam as adúlteras, das quais será analisada com maior ênfase. A importância dada às relações concubinárias impuras adúlteras, é saber se as mesmas foram contraídas de boa ou má fé, para que assim possam atribuir-se direitos.

Maria Helena Diniz (2006, p. 380) conceitua concubinato impuro:

Ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de casar. No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar, visto não poder ser convertido em casamento.

Então, o sentido literal da palavra, atualmente, reluz que o concubinato impuro está voltado para o conceito próprio atribuído ao concubinato, vez que o puro é visto como união estável em sentido lato.

É mister saber que existe duas formas de contrair o concubinato: concubinato de boa fé ou de má-fé. A diferença centra-se exclusivamente no fato de a mulher ter ou não ciência de que o parceiro se mantém no estado de casado ou tem outra relação concomitante, isto é, afirma não ser sabedora de que seu par tem outra. Para esses casos a lei assegura direitos a quem o contraiu de boa fé, se admite o reconhecimento da união estável putativa, alegando-se que a conduta não era imprópria, isto posto, não tinha como saber da existência do matrimônio de seu companheiro. No entanto, se a mulher afirma que sabia do duplo relacionamento, se

entende que há confissão de sua má-fé e simplesmente tal vínculo deve ser dado por inexistente.

Ante esta situação supra, ao Concubinato Adulterino contraído de boa fé, mesmo que encontrando-se impossibilitado de contrair matrimônio, a aquele que se encontrava inocente, o contraiu através de dolo ou por fraude, pode gerar seus direitos, como se casado estivesse. A este, o relevante, é a total onisciência do status doravante encontrado.

2.3. Concubinato adulterino

Uma das espécies, como visto, do concubinato é aquela contraída por um impedimento legal para convalidar o matrimônio porque um dos Concubino já encontrar-se casado civilmente ou mantém união estável. O concubinato é exercido como proibido por dois motivos (a incestuosa e a adulterina), a aquela que é contraída, paralelamente ao casamento existente, é caracterizada como adulterina.

O concubinato adulterino não respeita o dever de fidelidade que deve existir entre os indivíduos. Daí advém que tais uniões não devem ser protegidas pelo Estado.

Tema de bastante divergência por exige-se que se faça uma análise condizente ao caso concreto. Há tendência é a negação de qualquer direito ao concubinato adulterino, enquanto o relacionamento assim se mantiver, não existirá direitos positivos a serem concedidos. Diante a realidade que se coloca, e em face da enorme dificuldade no enfrentamento destas situações, a imparcialidade deve

preponderar, e atrelado a tudo desprover-se de preconceitos, no entanto é primordial respeitar o princípio, cuja qual é frontalmente ferido: o princípio da monogamia.

A união dúplice, gerada pelo concubinato adúlterino, é genericamente retratando, reprimida pelo sistema jurídico. Então, enquanto configurar o concubinato impuro é inadmissível direito ao concubino. Embora uma vez cessada seja possível a configuração de união estável e, conseqüentemente, a concessão de direitos.

O adultério em si, já é considerado tema bastante polêmico no mundo todo, capaz de gerar grandes divergências. A monogamia ver-se bastante prejudicada, quando, por exemplo, famílias são simultaneamente constituídas, nesta situação, o próprio sistema jurisdicional e social implantado pelo Estado encontra-se ameaçado.

O sentido da palavra adultério, pode ser bastante esclarecedor, quando assim é encontrada sua definição (Wikipédia, a enciclopédia livre): "*ato de se relacionar com terceiro na constância do casamento*", considerada uma grave violação dos deveres conjugais, por quase todas as civilizações, de quase todo o processo histórico.

Logo, o concubinato adúlterino, é aquele em que um dos cônjuges mantém dupla convivência *more uxório*. A convivência normal existente entre ele e sua esposa, e uma relação concubinária, simultânea ao casamento. Este estado exposto é mais típico ao homem, nada impedindo que atualmente a mulher também estabeleça tais convívios.

O professor Álvaro Villaça (2004), em seu anteprojeto retrata o concubinato impuro informando: "*concubinato impuro é adúlterino quando, paralelo ao casamento, e é desleal quando existir concomitantemente com outro concubinato*".

Evidencia-se aqui a quebra total do princípio da monogamia. Cujá fidelidade, ter-se-á desestruturada com o advento das relações adúlteras, que para o casamento faz-se engendrado princípios subjetivos de fundamental importância. Alargou-se o conceito de família e, com ele, as forma de convivências tornaram-se mais elásticas, contudo o fundamento da monogamia, ainda é a forma eleita, pelo Estado e pela sociedade, para estruturar-la, isto ser tão necessário falar em concubinato adúltero.

O panorama da vida familiar e seus enlaços merecem ser analisados detalhadamente, para não correr o risco de negar vínculos, que a própria sociedade não mais considera, ou seja, o concubinato adúltero mesmo que tido com um sentido imoral, subjetivamente tratando, em certos casos duram anos e anos, sem que, às vezes o outro sabia, ou até, mesmo com o conhecimento da traição, ainda continua a convivência com o esposo, na expectativa de abandono da relação impura.

Muitos caracterizam esta relação como inexistente, uma vez que terminantemente não pode gerar frutos, por sê-la impedida pelo ordenamento, não devendo recair proteção alguma. Porém, o grande número de concubinas que, atualmente buscam seus direitos, faz com que a doutrina e legislação esclareçam um posicionamento a respeito desta questão.

A fidelidade recíproca do cônjuge ou daquele que mantém união estável, pressupõe um pré-compromisso estabelecidos pelos mesmos que, com o decorrer do tempo vai amadurecendo e gerando uma relação propícia a entidade familiar. Hoje, a sociedade e o sistema jurídico não impõem aos casais a oficialização matrimônio, para tanto é livre a intenção de convalidar o casamento, por isso ser tão rígido os princípios conjugais, para resguardar aquilo que, de direito, os casais optaram.

Então como falar em relação estável entre casais adúlteros, vez que optaram pela infidelidade, e na maioria das vezes permanecem nessas condições até sua convalescença.

O concubinato tido como impuro é um preceito subjetivo a gerar frutos, uma vez que não existem especificamente no ordenamento a conceituação clara desta questão, apenas são atribuídas barreiras com a finalidade de manter a ordem social, e não incentivar sua prática, cuja tal atitude, para maioria é absorvido de forma repugnante.

A população quando se depara com o estudo do concubinato reluz grande golpe para instituição familiar. O principal motivo, e principal forma de discriminação, não é então, o simples fato de inexistir o matrimônio, mas sim por existir em seu contexto uma associação direta com o adultério.

A União dúplice ocorrida no concubinato adúltero, por muitas décadas foi bastante castigado, apenas atualmente é tão comumente tratado e até capaz de gerar efeitos, mais para isso é mister que seja analisados todos os casos concretos, pois o sistema familiar não vê com bons olhos esta relação.

2.4. O concubinato adúltero e a união estável

O concubinato adúltero, mesmo com toda aparência de união estável, não pode ser visto como relações de convivência *more uxório*, capaz de gerar todos os seus direitos, vez que é constituída de forma irregular. Mantém relação similar à união estável cominado com o adultério, não pode ser entendido como similar.

A união estável passou a ser totalmente diferenciada do concubinato, e apesar da grande maioria dos estudiosos atribuírem os dois como um só, é unânime é o entendimento que o concubinato adúltero não pode gerar os mesmos direitos da união estável, apesar da semelhança existente entre os dois modos de convivência e de relacionamento.

Considerar-se-á união estável quando tiver a more uxório, duradoura, contínua pública entre o homem e mulher desde que não seja incestuosa ou adúltera. O objetivo de constituir um lar é imprescindível para a formação da união estável, no entanto o homem ou a mulher, não poderá utilizar-se desse anseio para, através de práticas desleais, imporem um tipo de sociedade.

Destarte o concubinato adúltero gerado pelos impedimentos doravante citado, encontra-se em posição delicada, visto que um dos concubinos já é casado, e mesmo que apresente uma vida dúplice estável, sua forma não poderá ser tida como união estável ou concubinato puro.

As uniões de fato citadas, traz grandes questionamentos quando envolvem pessoas casadas. Por exemplo, o que falar daqueles que se encontram separados de fato mais não de direito, e mantêm uma convivência com outrem em caráter fixo e de intenção familiar. A essa união podemos entendê-la como concubinato puro. No entanto a simples falta de afeição ou de contato entre os cônjuges, para alguns não é suficiente para que os mesmo se considerem separados.

Atualmente para que se possa caracterizar o adultério é preciso que exista a concomitância de relacionamentos sexuais entre o homem e a mulher. E quando existir à afeição recíproca, não será o suficiente para manter o casamento. Este entendimento é para muitos o principal a ser seguido, isto basear-se na possibilidade habitual de divorcia-se, quando não mas desejam esta casado.

Os casais que, por o mínimo de afeto existente, mantém uma aparência familiar adequada, às vezes, não podem ser considerado como separado de fato, pelo simples motivo de não estabelecerem relações sexuais. Esse fenômeno também pode ser rebatido por muitos contrários, vez que uma das finalidades do casamento é a coabitação, mas isso não é prioridade para a maioria, e tendo em vista que a nova visão do instituto familiar abarcar vários tipos de formação familiar, esta não pode ser descartada,

Grande é o entendimento que para aqueles separados de fato, e comprovada a não permanência de relações afetivas ou matrimônias entre os cônjuges, é passível o reconhecimento da união estável com outrem, quando pra tanto, não mantém dupla relações física de convivência familiar.

Zeno Velo (1997, p.75) é bastante oportuno quando diz:

Pela existência de um casamento que não existe, ou que existe, somente, nos arquivos cartoriais, não se deve considerar uma união duradoura, contínua, séria, constituída para criar e manter uma entidade familiar. Tratar-se-á, afinal, de uma família, que tem o direito de merecer o respeito e a proteção que são conferidos a quaisquer famílias dignamente formadas. Obviamente, se algum convivente está preso a outra pessoa pelo vínculo matrimonial, embora separado de fato, não se poderá fazer a união estável, em matrimônio, dado o impedimento dirimente. Uma coisa é não poder a união estável, num caso concreto, converte-se em casamento, e outra, muito diferente, é garantir-se que, por isto, não há união estável. Aliás, se um ou ambos os conviventes são separados judicialmente, também não podem haver conversão, e ninguém ousaria negar a existência da união estável, se os requisitos legais são atendidos.

A unanimidade do pensamento atual é a possibilidade do reconhecimento da união estável, para aqueles que estão separados de fato, ou que já tramitam em processo de separação. Tanto é que atualmente existe, a possibilidade do contrato de união estável, onde os conviventes, geralmente os mais providos de patrimônio, o estabelecem perante cartório, fazendo com que não necessitem de provas maiores para caracterizar a união estável.

Logo, para poucos, quando ainda existir qualquer vínculo matrimonial entre os cônjuges, mesmo que este vínculo não passe de papeis, não há possibilidade de um dos cônjuges vir a contrair união estável, isto ainda encontrar-se casado.

Assim, afirmou Dr. Jurandyr Algarve, (vide: JTJ, 182:34) Rio de Janeiro:

A união estável não se evidencia entre o homem e a mulher se qualquer deles se encontram impedidos de casar. Logo, tal união somente ocorre entre o homem e a mulher solteiros, viúvos, ou divorciados, nunca entre pessoas separadas judicialmente ou de fato, pois continuam mantendo vínculo matrimonial com impedimento absoluto ou público, (...), por que o casamento válido somente se dissolve com a morte de um dos cônjuges, ou pelo divórcio.

Bastante propício é relembrar-se de quem pode ou não manter união estável. Assim, os solteiros, viúvos e divorciados lhes são permitidas a livre possibilidade de contrair matrimônio ou união estável, no entanto, segundo palavras de Jurandyr Algarve, a proteção aos casados deve se dar de forma plena e absoluta, e que, segundo as leis condizentes ao vínculo matrimonial, realmente só se dissolva com o divórcio.

Para tanto, é mister entender que o casamento merece do sistema jurídico, maior e total proteção, não deixando de ser analisado qualquer dos casos concretos. Muito embora o casamento só exista em papeis cartoriais, cabe uma reflexão justa em saber o porquê da não conversão em divórcio, uma vez que com o elevado tempo de separação de fato, torna-se mais fácil o pedido de divórcio, segundo a Carta Magna em seu art. 226 Parágrafo 6º, com dois anos de separação de fato pode ser a conversão em divórcio. E não é só o fator tempo fundamental para o divórcio, deve-se esquecer que o adultério pode impossibilitar a continuação da vida conjugal (CC art. 1.573, I).

Se, um dos cônjuges, iniciou convivência com outrem no tempo em que era casada, essa relação é tida como impura adúlterina, não absorvendo o tempo em que o mesmo assim encontrava-se. No entanto, esta relação antes tida como adúlterina, e o adúltero veio a separar-se de fato para manter apenas relação estável com a antiga amante, judicialmente esta relação pode ser considerada união estável, pois o mesmo não mais mantém vínculo matrimonial isto posto, a mesma deixara de ser clandestina e impura, passando a ser lícita para fins jurídicos. Não deixando de enfatizar que o tempo que um dos conviventes manteve-se casado, não é passível retroagir para inseri-lo como tempo de união, contudo pode gerar direito de indenização se devidamente comprovada o enriquecimento de um deles.

Passível então, a admissibilidade para o reconhecimento da união estável aos companheiros que se encontram separados de fatos, no momento que este passou a assumir publicamente um relacionamento como se casado fosse, com a concubina. E, vedado fica, o entendimento a aqueles impedidos de contraí-los, por manter relações clandestinas ao casamento.

CAPÍTULO 3 DISCUSSÃO JURÍDICO-SOCIAL DOS DIREITOS DO CONCUBINATO ADULTERINO.

O critério basilar da formação familiar gerado pela união do homem e da mulher, equipara-se, para os fins desta união, ao princípio da monogamia, que a partir de então, gera direitos e deveres para ambos os relacionados.

A flexibilidade das relações interpessoais, decorrentes do progressivo afastamento do conceito sacralizado da família, tem conduzido a sociedade a aceitar as mais variadas formas de relacionamentos. Ocorre, assim, uma verdadeira democratização dos sentimentos, onde o respeito mútuo e a liberdade individual não foram preservados. Com isso, alargou-se o entendimento de família, passando a enlaçar todas as formas de convivência que se estruturam a partir de um comprometimento amoroso.

Bem verdade, que o dever de lealdade estabelecido entre os adeptos ao enlace conjugal, é um atributo de condição permanente, capaz de gerar sanções, quando deixados de serem observados. Claro que, não se tratam de relações tempestivas, sem pressuposto estável. O que se nivela aqui é o resultado de ligações estáveis e desonestas. A quebra da lealdade que subjetivamente tratando pode implicar em injúria grave, capaz de motivar a separação dos conviventes.

3.1. Análise legislativa que reprova o concubinato impuro.

Durante toda a história institucional da formação das famílias monogâmicas a convivência simultânea, da esposa versus concubina, tipificou conduta ilícita, relativamente reprovada pela lei e pela moral vigente. Mesmo assim, no que toca ao concubinato adúltero, as interpretações são reiteradamente revistas pelo magistrado diante de cada caso concreto.

Quer se tratar aqui de convivência dissimulada, gerada pelo conhecimento dos concubinos já que descabida seria a situação da concubina que se encontra de boa-fé. A esta última situação pode-se, pacificadamente, serem atribuídos direitos indenizatórios e, reconhecimento do *status* de união estável putativo. Assim já foi entendido pelo Tribunal de Justiça (TJRS, Ap. Cível, 2004):

UNIÃO ESTÁVEL – SITUAÇÃO PUTATIVA – COMPROVAÇÃO – O fato de o *de cuius* não ter rompido definitivamente o relacionamento como a companheira com quem viveu longo tempo, mas com quem já não convive diariamente, mantendo às ocultas essa sua vida afetiva dupla, **não afasta a possibilidade de se reconhecer em favor da segunda companheira uma união estável putativa desde que esta ignore o fato** e fique comprovada a *affectio maritalis* e o fato ânimo do varão de constituir família com ela, sendo o relacionamento público e notório e havendo prova consistente nesse sentido. (grifo nosso)

Desprovido desta atenção, a união simultânea e duradoura das relações tratadas, tende a afastar-se das uniões estáveis, e conseqüentemente à impossibilidade de divisão do acervo patrimonial do casal. Assim, baseados nesta premissa, existe um leque de normas que descaracterizam o concubinato adúltero da união estável, servindo como repressão de sua conduta ou como forma de inibi-la.

Versa a Constituição Federal, art. 226 caput, que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. A instituição familiar, retratada na Carta Magna, é aquela formação familiar sólida, estável, primordialmente instituída pela sociedade, que na maioria das vezes inicia-se com a pretensão de união

vitalícia entre o homem e a mulher. Hoje a própria CF prestigiou várias formas de construção familiar: o casamento (art. 266 §§ 1º e 2º da CF), a união estável (art. 266 § 3º da CF) e as famílias monoparentais (art. 266 § 4º do CF). No entanto, quando se confrontam as famílias institucionais, formadas legalmente, com as concubinas, paralelas ao casamento, prioriza-se de forma especial a proteção das famílias instituídas, em contrapartida as que coexistem ilicitamente, pela existência do primeiro casamento.

O sistema jurídico continua a reprimir, a possibilidade da obtenção de direitos pelos adúlteros. O Código Civil é totalmente abrangente e oportuno, quando em alguns artigos disciplina a matéria.

A princípio, o art. 550, diz que: "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". Ressalvam-se aqui, as doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice. Estabelecendo-se o poder de anulação, do cônjuge passivo ou dos herdeiros, no prazo supra, e evitar que o patrimônio solidário seja amealhado pela concubina.

O que visa o Código Civil é a proteção patrimonial do casal, na tentativa de evitar o desfalque no seu acervo. Continua a esmiuçar no art. 1.642, quando determina que:

Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: V- reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, dados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos.

Os artigos citados rebatem, diretamente e indiretamente, a sociedade de fato constituída pelos concubinos, inviabilizando estes a usufruir do acervo patrimonial da

família matrimonial, desde que os bens não sejam adquiridos por esforço comum, ou os cônjuges não estejam separado de fato por mais de cinco anos.

Apesar do prazo de cinco anos do artigo 1.642, § 2º, a jurisprudência tende em não fixar um limite exato, pois o lapso temporal não é o melhor meio de análise para estabelecer a separação dos cônjuges. Esse prazo foi baseado na lei do Divórcio (Lei 6.515/77) que estabeleceu o lapso temporal de cinco anos para concessão do divórcio direto, mas em contrapartida o legislador constituinte posterior foi o que melhor declarou quando estabeleceu o prazo de dois anos da separação de fato para o pedido, desde que se comprove a separação de fato (art. 1.580, CC).

Por vez, o art. 793 do CC, faz jus à instituição da companheira como beneficiária, estabelecendo uma ressalva importante: "que ao tempo do contrato o segurado encontrasse separado de fato ou judicialmente". Essa condição é clara para validade do ato. Não observada deve ser causa de anulação do mesmo.

Condizente ao estudo, por ser prático e claro, o art. 1.521, do CC, sintaticamente diz: "*Não podem casar: VI - as pessoas casadas*". Àqueles que se encontram separados de fato, muito embora não possam ainda estabelecer um status civil condizente, não tem a declaração dos efeitos da união estável do art. 1.723 do CC inviabilizada. O que prevalece aqui, em detrimento de todas as controvérsias, é que seja proibida bigamia.

Enfatiza ainda o Código Civil no art. 1727 que: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato". O ordenamento, então, não estabelece interesses próprios ao concubinato, como é visto na união estável (art. 1723 à 1727 do CC), apenas frisa a impossibilidade de existência, descaracterizando seus possíveis direitos.

Na mesma linha de pensamento dos artigos acima expostos, mas agora no tocante à matéria de sucessões, o Código Civil afirma que o testador não pode nomear como herdeiro ou legatário a concubina, conforme preceitua o art. 1801, III do Código Civil, [...] III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;. O total distanciamento da conotação de imputação do concubinato, não viabiliza a “ex-concubina” a receber legado do testador, existindo, pois, a possibilidade de habilitação da mesma, caso não se enquadre nessa conduta.

Não tão distante da realidade, seria a possibilidade do reconhecimento na participação da herança, àqueles que apresentam uma relação paralela ao casamento, caracterizada por ser uma sociedade de fato. Não levando em consideração o atributo dado a participação para construção do patrimônio do de cujus, que por sua vez, deve evitar o locupletamento indevido.

No tocante à relação de necessidade instituída no art. 1694, do Código Civil, que viabiliza os parentes, cônjuges ou companheiros, a pedirem alimentos, uns aos outros, quando necessitados, e até para viver de modo compatível com a sua condição social, não há extensão ao concubino(a), vez que o mesmo não é citado em momento algum.

Assim esclarece Maria Helena (2006, p. 385):

O dever de prestar alimentos a concubino poderá inserir-se em obrigação moral e não legal, pois a Constituição Federal (art. 226, § 3º) não nivelou o concubinato ao casamento (Ciência Jurídica, 55:138), visto não se considera-lo como entidade familiar.

Não faz nenhum sentido o homem, cujo casamento jamais deixou de existir, mesmo que baseados na infidelidade, resolva por fim a vida adúltera optando em dedicar-se por completo a relação marital e a partir de agora se vê obrigado a

prestar alimentos à concubina. A esta, apenas caberiam direitos indenizatórios a ex-concubina se ela fosse realmente prejudicada pelo fim da separação, caso contrário não caberia a esta pecúnia ou direito de pensão alimentícia.

A concubina não tem direito também, a indenização gerada por morte do amante, seja este convalhecimento dado por acidente ou desastre, embora existam decisões em sentido contrário. No entanto a doutrina majoritária prevê o contrário. Como também não cabe a amante exigir ressarcimento na hipótese de homicídio perpetrado contra o concubino.

Assim a súmula do STJ nº 35 (1963) já o reiterou:

Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 45.
Acidente do Trabalho ou de Transporte - Concubina - Indenização - Morte do Amásio - Impedimento para o Matrimônio
Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, **se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.** (grifo nosso)

Não cabe a concubina, direitos quando da hipótese de acidente de trabalho, como bem relata a súmula do STJ, se a relação for concubinária adulterina, não se trata em tal súmula, do concubinato como hoje é visto e, outrossim, apenas da união estável, uma vez que a súmula era de 1963 e na oportunidade não existia se quer a Lei do Divórcio, não tinha o entendimento de concubinato adulterino atual.

3.2. Tendência jurisprudencial sobre o concubinato adulterino.

O entendimento atual jurisprudencial defende a concessão de alguns direitos ao concubinato impuro. Tanto é fato, que devido à avalanche de acórdãos, na

década de 50 e 60, conferidas a dissolução das relações concubinárias, resultou na elaboração da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que previa a partilha de bens em caso de dissolução deste tipo de relação. No entanto, no caso do concubinato adulterino, a sorte não era a mesma, pois o adultério era considerado crime e se entendia inviável a concessão de qualquer tipo de efeito patrimonial à convivente, pois não era admitida a outorga de efeitos jurídicos a fatos ilícitos (como era a *sociedade de fato* mantida pelos conviventes). Assim posicionou-se: “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”.

Este posicionamento está fundado na proibição do enriquecimento sem causa, pautado na existência da “*affectio societatis*”, tida como conduta de obrigação de cunho social, que merece ser respeitada.

Assim enfatiza Silvio Rodrigues (2004, p. 265):

[...]negava-se frequentemente, a idéia de existência de uma sociedade de fato entre os concubinos, pois faltava-lhes, ao se unirem, a “*affectio societatis*”, que é elementar naquele contrato. Talvez, realmente, ao estabelecer-se união entre as partes, mais inspiradas no amor do que no propósito de lucro, inexistia aquele intuito, representado pela “*affectio societatis*”. Não obstante, na maioria dos casos, o interesse de cada qual dos concubinos passa a ser o interesse de ambos, e o referido elemento, faltante no início do concubino, ao depois se manifesta com maior nitidez.

A colaboração da Súmula 380 foi suficiente para conferir ao concubinato caráter de sociedade de fato, trazendo posteriormente para o Judiciário discussões acerca de atribuições do patrimônio, meação e divisão do que é conferido a(o) companheira(o), e a(o) esposa(o), em princípio, baseados no esforço comum. Vale ressaltar que a referida Súmula, quando elaborada, fazia menção a concubinos desimpedidos, por tratar apenas de pessoas solteiras, viúvas ou desquitadas, uma vez que a mesma é anterior a Lei do Divórcio.

A sociedade de fato, agora regulamentada, tem sido admitida quando se consegue provar judicialmente a contribuição direta ou indireta, para a comunhão patrimonial, que não precisa ser necessariamente financeira, mas exige-se que o esforço seja mútuo, relacionado ao tempo que eram companheiros. Há entendimentos da possibilidade até da contribuição de cunho doméstico, desde que haja oportunidade de colaboração para construção do patrimônio em comum.

3.2.1 Meação em razão da extinção do concubinato adulterino

A questão suscitada agora, não é mais a divisão do patrimônio entre duas pessoas, e sim a de uma relação triangular, devido à ligação concubinária.

Na união dúplice, o sustentáculo das relações conjugais afronta as garantias dadas ao princípio da monogamia. Para uma crescente minoria, a clássica divisão da meação, não é cabível quando comprovada a construção do patrimônio por três pessoas: o homem, a esposa e a companheira.

Este critério seria baseado na busca de direitos igualizadores, que visam proteger uma classe social, tida como minoritária, para tentar evitar que julgamentos sejam taxados como preconceituosos e distantes dos avanços sociais, segundo essa vertente.

Alguns doutrinadores entendem ser possível a meação em razão da extinção de união estável adulterina, enfatizando não existir apenas uma união entre duas pessoas, e sim um triângulo amoroso, ao qual se deve dar efeitos patrimoniais tão igualizadores e lógicos como a meação estável.

Assim diz Marília Andrade (2006):

Logo reconhecida a união dúplice ou paralela, por óbvio, não se pode mais conceder a divisão clássica de patrimônio pela metade entre duas. Na união dúplice do homem, por exemplo, não foram dois que construíram o patrimônio. Foram três: o homem, a esposa e a companheira [...] a clássica divisão do critério de meação é incompatível com a formação de patrimônio por três pessoas, e não mais por duas.

Esta suposta “triação” é uma aberração ao sistema jurídico social, que para muitos, ainda a vêem como pilar, a formação coerente da sociedade. Não se trata aqui, de utilizar medidas antiquadas e retrogradadas, pelo contrário, quer-se evitar que pontos de vista como estes, sejam entendidos apenas como chacota.

Assim já decidiu o Tribunal de Justiça RS (em 19/11/2004):

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONCUBINATO. DEPENDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA JUNTO AO IPERGS. PENSÃO POR MORTE. Se o relacionamento é concomitante com o casamento, onde não há separação de fato, mas convivência com a esposa legítima, constitui-se **concubinato adúlterino**, que impede o reconhecimento da qualidade de dependente da concubina. (art. 9.º, II, da Lei Estadual n.º 7.672/82) Pensionamento indevido. Precedentes. Ademais, não há nos autos elementos suficientes para comprovar a união estável mesmo após a viuvez do ex-segurado. Apelação provida. Prejudicado o reexame necessário. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70006585392, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 19/11/2003).

No entanto, entendimentos divergentes ao citado, tendem-se a alargar com o decorrer do tempo, devendo analisar-se o estudo dos casos em separado, e posteriormente estabelecer pontos de crítica.

3.3 Estudo e rebates dos casos jurisprudências.

Apesar de grande parte dos artigos até aqui expostos caminharem para uma linha de pensamento, a jurisprudência pátria tem, paulatinamente, defendido posição contrária à própria norma positivada e, entende-se que tais análises devem ser rebatidas de forma profícua.

Cite-se como exemplo o caso da dissolução da sociedade concubinária adúltera, quando a mesma vigorou durante tempos mistos de convivência, ou seja, a mulher é, por tempo concubina e, depois passa a ser esposa.

Assim, a 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo garantiu o direito a uma mulher, sobre parte do patrimônio adquirido por seu companheiro, já morto. Os dois viviam juntos desde 1988, e mantiveram relação adúltera até 2004, quando então, o concubino divorciou-se de sua esposa, e conseqüentemente a concubina passará ao *status* de companheira, sem impedimentos para a caracterização da união estável. O *de cujus*, veio a falecer em 2006, não deixando herdeiros necessários, e a antiga concubina, que por grande decurso de tempo viverá como adúltera (e que depois passará ao status de companheira), reivindicou a herança, buscando reconhecimento de todo o tempo que conviveu com o mesmo, inclusive os direitos patrimoniais de tempo em que estabelecia relação concubinária adúltera.

A Justiça de São Paulo afirmou que *“concubinato também goza de proteção legal, nos expressos termos do artigo 1.727 do Código Civil e está equiparada à união estável para todos os efeitos legais”*. E ainda disse que, depois de reconhecida à união estável, *“aplica-se à relação regime de comunhão parcial de bens”*. O artigo 1.727 diz: *“as relações não eventuais entre o homem e a mulher,*

impedidos de casar, constituem concubinato". Com a decisão, a companheira terá direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, quando viviam em união estável, e a um terço da herança, relativo ao período antes do reconhecimento da união estável, ou seja, quando mantinham relação concubinária adulterina (o restante será dividido com os herdeiros colaterais).

Esta visão não condiz com a exegese dada ao art. 1.727 do CC, na qual caracterizou o concubinato impuro, e em face disso, jamais a reconheceu direitos, nem muito menos lhes atribuiu caráter de união estável.

Passada a relação concubinária em tempos mistos, resta tratar da grande celeuma: as relações simultâneas estáveis de convivência.

A jurisprudência dos Tribunais de segunda instância tendem a assegurar, cada vez mais, para a dissolução da sociedade conjugal, direitos como: meação, pensão, indenização, tudo isso em razão da extinção do concubinato adultero.

Assim em julgado recente (09/2007), o TRF da 2ª Região, assegurou a divisão de pensão por morte entre esposa e concubina. Consta nos autos do processo que, a concubina viverá com um ex-militar durante 25 (vinte cinco) anos, e o *de cujos* era casado a 40(quarenta) anos. Longe de estar pacificada a discussão, a concubina reivindicou, através de provas que demonstrassem sua dependência, a divisão da pensão do ex-companheiro, conferida por lei aos herdeiros necessários.

O relator do caso, Desembargador Federal Messod Azulay Neto, tratou do tema ressaltando assim:

Este tema deve ser abordado com cautela pois, por uma lado, há risco de adotar-se uma postura rígida, cega as transformações da realidade social; por outro lado, o perigo de se desprezar as normas legais e os princípios constitucionais, no afã de afastar um julgamento supostamente preconceituoso ou retrógrado.

O fato é que, o direito previdenciário apesar de jamais reconhecer direito à concubina, o vê sendo atribuído pela jurisprudência atual. No caso em questão, a atribuição foi dada pelo Tribunal Regional Federal decidindo sobre benefício da concubina que passou a ter direito a 30% da pensão do ex-amante, em concomitância com a viúva, a quem restou conforma-se com o direito da outra parte.

O caso esboçado está longe de ser o único. Na oportunidade o relator fez questão de ressaltar em seu voto que, o concubinato adulterino não configura uma união estável, nem tão pouco pode ser considerado uma entidade familiar.

A grande questão é que, a concubina dificilmente manteve relação em estado de putatividade, e isso não foi sequer debatido no caso. Então a mesma, durante logos vinte cinco anos, aceitou manter o triângulo amoroso sem maiores restrições, pouco lhe importando o seu *status* jurídico de adúltera, vez que era amparada financeiramente pelo seu companheiro.

Ressalte-se que para a concubina é irrelevante o reconhecimento do estado de união estável, porque, salvo raros casos, o que se torna importante são os efeitos patrimoniais daí decorrentes. Essa afirmação pode ser baseada no pressuposto da aceitação do estado de concubina por um longo tempo, no caso em tela mais de vinte e cinco anos. O ápice da questão é o reconhecimento do direito gerado pela decisão judicial.

Sabe-se que o entendimento vigente é o de que se reconheçam direitos a entidades familiares matrimônios, concubinárias puras e monoparentais, e que para usufruir de tais direitos é necessário provar esta convivência. O julgado que concede regalias, sem estar às relações caracterizadas necessariamente como união estável, faz com que o *status* social atribuído, seja sociedade de fato ou, seja a própria união

estável, torne-se meramente irrelevante passando a ser questão de mera formalidade.

Não se trata de negar-lhes condições de existência, nem muito menos evitar o locupletamento indevido. O efeito de indenização pode passivelmente ser protegido pela jurisprudência, e a divisão do patrimônio construído conjuntamente, não deve ser caso de conflito.

Atribuir direitos, a quem muitas vezes, merece reprovação é um caminho árduo, que deve ser analisado detalhadamente. No entanto, e por fim, existem situações que fazem menção apenas a uniões baseadas em laços de amizade, que são àquelas em que o homem ou a mulher mantém dupla relação estável, mas que se encontra ligado a sua(seu) esposa(marido) afetivamente, mantendo um casamento de aparências. A doutrina não é pacífica quanto a este entendimento, pois para alguns qualquer vínculo que una os cônjuges, é válido para manter a estrutura do casamento. O ponto principal de controvérsia é para muitos a impossibilidade de manutenção do casamento pela inexistência de vínculo sexual, que é um dos atributos do mesmo, por tanto este de fato não existiria. Daí ser reconhecido o *animus* de união estável ao concubinato, mesmo que não exista a separação de *corpus*, no caso concreto.

Faz-se necessário observar cada caso, esmiuçando-os com suas particularidades para poder atribuir-lhes os devidos fins, mantendo-se uma imparcialidade que não fique à baila de situações específicas. Contudo a grande "liberdade" atribuída ao magistrado, dada pela harmonia dos Poderes, não é a principal crítica conferida aos direitos atribuídos ao concubinato, apesar da jurisprudência vir atribuindo constantemente aquilo que é pleiteado, o que se

constata com o elevado número de casos entre eles os já citados, denotando-se uma preocupação para a segurança das relações conjugais.

Condizente ao estudo é a decisão do extinto Tribunal Federal de Recurso que diz: “Divisão da Pensão Previdenciária entre a Esposa e a Companheira – Legitimidade. É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos”.

A princípio deve-se observar toda legislação em uso, para não pecar por vício formal, assegurando um procedimento adequado aos casos. Claro que deve ser levado em questão todas as particularidades do mesmo, mas desprovidos de preconceitos e parcialidade.

Toda a discussão travada não se pauta somente na atribuição ou não de direitos a relações concubinárias impuras, nem na prestação de assistência social de cunho familiar. A questão levantada é de que essas relações sejam regidas pelo direito obrigacional e não como matérias pertinentes, única e exclusivamente, ao direito de família. Assim, por exemplo, já decidiu o STJ – Supremo Tribunal de Justiça, em ementa transcrita abaixo:

CONCUBINATO – SOCIEDADE DE FATO – HOMEM CASADO. A sociedade de fato mantida com a concubina rege-se pelo direito das obrigações e não pelo de família. Inexiste impedimento a que o homem casado, além da sociedade conjugal, mantenha outra, de fato e de direito, com terceiro. Não há como cogitar de pretensa dupla meação. A censurabilidade do adultério não haverá de conduzir a que se locuplete com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica. (Resp n. 47.103/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, unânime, DJU de 13.02.1995)

O sistema monogâmico está em crise e a legislação vem acentuando a crise. Medidas legislativas, no âmbito constitucional e infraconstitucional, como o reconhecimento expresso de outras entidades familiares, dentro de uma perspectiva pluralista; a possibilidade da dissolução do vínculo de casamento, com o divórcio e

do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, entre outras, vem mostrando que, paulatinamente, a situação de exclusividade do casamento e do casamento exclusivo, monogâmico e indissolúvel, com filhos havidos na relação de conjugalidade, mesmo no contexto jurídico, vem decrescendo.

Levando em consideração o excesso do número de mulheres em relação ao número de homens no Brasil, e a diferença vem repetindo-se ao longo dos últimos censos, Carlos Cavalcanti, apresenta uma interessante estimativa do número hipotético de mulheres para cada homem o universo dos não-casados, por faixa etária, onde se comprova o seguinte que há um excessivo número de mulheres para cada homem.

Não se deve atribuir a essa diferença quantitativa de sexo a crescente relação concubinária, mas afinal, quando existir a possibilidade de manifestação de afeto, através da convivência, publicidade e estabilidade, estar-se-á diante de uma entidade familiar. Indubitavelmente em relações simultâneas estáveis, existe convivência, vida em comum, e, também, um mínimo de publicidade, pois ao menos algumas pessoas, parentes próximos, amigos íntimos, têm conhecimento daquela relação.

O concubinato adúltero é relevante sim, para o Direito. As relações intersubjetivas estabelecidas repercutem no mundo jurídico, pois os concubinos convivem, às vezes têm filhos, existe construção patrimonial em comum. Destruir mencionada relação não lhe outorgando efeitos não é a principal solução aos companheiros(as), e filhos porventura existentes; além disso, reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato, consiste em uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade.

CONCLUSÃO

Na união estável, onde um homem que vive como se casado fosse com duas mulheres, não estaria ele, cometendo outra coisa, que não reprovação legal. Existiria o real ferimento ao princípio da monogamia e a segunda mulher estaria caracterizada como concubina, já que a primeira situação familiar é mais antiga.

Em uma análise condizente do caso tratou-se que, albergar no sistema jurídico e atribuir a condição de família para as relações concubinárias paralelas ao casamento ou a união estável afronta o vigente princípio da monogamia, entretanto, a discussão não é tão simples como aparenta. Como o ordenamento jurídico não admite a simultaneidade de duas ou mais entidades familiares, não se está falando apenas sobre o casamento, mas da entidade familiar recepcionada pela lei, incluindo a união estável. O Direito não admite a possibilidade de existência harmônica de uma relação que envolva um homem com duas ou mais esposas e vice-versa.

Claro é o entendimento de que hoje a união estável é equiparável (não igual) ao casamento, o Código Civil traz em seu artigo 1.521, inciso VI, que as pessoas unidas pelo vínculo matrimonial encontram-se impedidas de contrair novo casamento. Não resta dúvida quando o homem ou a mulher são casados, só que hoje o legislador também se refere à união estável, através do artigo 1.723, § 1º, CC, com a mesma idéia. Isto é visível quando assim estabeleceu que a união estável não se constitui quando ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, salvo a aplicação do inciso VI para aquele que for casado, mas se encontrar separado de fato ou judicialmente, não fazendo em nenhum momento junção dos dois *status*.

Com efeito, é justamente nesse particular, que é permitido o reconhecimento da união estável nos casos de separação judicial ou de fato, para que se evite a ocorrência de relações concubinárias concomitantes ao casamento ou a união estável. A norma não está protegendo, apenas, o matrimônio, mas toda entidade familiar. Não verificar o princípio da monogamia implicaria em duplo casamento e a conseqüente nulidade de direito daquele mais recente. Da mesma forma, o posterior envolvimento afetivo não oficial, na vigência de união estável, desautoriza que outra relação amorosa seja prestigiada pelas previsões legais.

Em suma, configura-se concubinato adúltero quando for verificada a presença de envolvimento afetivo, entre homem e mulher, em concomitância com casamento ou união estável. Ressalte-se, dessa forma, que o sistema jurídico não acolhe duas ou mais relações familiares, independente de ser através do casamento ou de união estável.

Como dito anteriormente, apesar das explanações acima, alguns fatores terão que ser levados em consideração para que o argumento explanado na pesquisa seja robusto. A terceira pessoa envolvida, na relação mantida pelo homem ou pela mulher, que esteja em uma outra relação estável ou matrimonial, tenha plena consciência de sua condição de amante e que, entre as situações paralelas, seja possível identificar a que representa o núcleo principal, o que nem sempre é fácil quando se trata de união estável.

Ademais, existe atualmente uma norma expressa inserida através do art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988 que determina que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, o que não ocorrerá a uma relação afetiva concubinária, em respeito ao já citado art. 1.521, VI, do Código Civil, e se não pode ser convertida em casamento é porque não está configurada como estável a

segunda relação. Conclui-se que para ser considerada união estável é necessário que haja a exclusividade, respeitando-se o princípio da monogamia.

Dessa forma, pode-se, a partir do que foi analisado, tecer-se alguns pontos finais:

Quando o legislador atribuiu o status de família à união estável foi no sentido de que o modelo familiar do matrimônio serviria de referência para as relações estáveis existentes sem o formalismo próprio do casamento. As inovações legislativas foram no sentido de adequar o direito à realidade social, entretanto, não se pode admitir que inovações implícitas desvirtuem o direito de família, fechando os olhos para os princípios que os rege.

Quanto à indenização pelos serviços prestados e pelo amor concedido, é degradante e ofensivo ao princípio da dignidade da pessoa humana, que em momento algum serve para justificar a concessão de benefícios patrimoniais a concubina.

A família ainda serve como base de sustentação para uma sociedade forte. Constituir uma entidade familiar significa esforço comum em prol de um núcleo. Nesse sentido, na maioria das vezes, as relações adulterinas representam à desestabilização desse conceito de viver em união, servindo, quase sempre, como satisfação sexual em detrimento ao grupo.

Não há como admitir que duas entidades familiares legítimas sejam dois casamentos, duas uniões estáveis ou uma união estável paralela ao matrimônio, não cabe, dessa forma, reconhecer como união estável quando um dos componentes integrantes sustenta a posição de casado, na constância do casamento, ou de companheiro, na vigência da união estável, pois não estará em consonância com os princípios e os anseios sociais.

Os princípios e a doutrina são fundamentais na aplicação do direito, principalmente no direito de família, uma vez que com eles podemos suprir as imperfeições das leis.

Tal afirmativa vem de forma adequada, pois quando o legislador não prevê uma situação como várias uniões estáveis, a sistemática jurídica não deixou de contemplá-la, no momento em que previu a conversão em casamento admitindo o *status* da família para a relação estável, como forma de evitar que sejam consideradas como entidades familiares duas ou mais relações.

Contudo, não se pode, por entender, sistematicamente o alcance da configuração da união estável, supervalorizar uma simples união amorosa (namoro, noivado) como sendo uma entidade familiar, sem existir o '*animus*' para tanto.

Assim, o concubinato adulterino na união estável não está abarcado pelo direito de família, por ser contrário ao princípio da monogamia, restando para ele, apenas, efeitos negativos inseridos propositadamente no ordenamento jurídico, visando dessa forma repelir e desestimular tal prática.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Famílias simultâneas e concubinato adúltero*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2839>>. Acesso em: julho de 2007.

ALMEIDA, Tiago de Quadros. *O princípio da monogamia e o concubinato adúltero*. Jus navegandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5614&p=2>>. Acesso em: Julho de 2007.

ALENCAR FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Mayer. *Concubinato e união estável*. Jus Navegandi, João Pessoa, out. 1999. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=545>. Acesso em: julho de 2007.

Apelação Cível Nº 70011962503. Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Rui Portanova. Julgado em 25.08.05. Disponível em www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia. Acesso em 08 out. 2006.

COMEL, Wilson Jerônimo. Disponível em: www.uepg.br/rj/a1v1at03.htm

CIVIL. Novo Código. Brasília. 2003

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5º volume: direito de família, 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARDIN, Noemia Alves. **Concubinato**: aspectos sociojurídicos da união estável, 3º ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

FARIA, Emerson Luiz. *Império Romano*. Nomismatike. Elaborado em 2006. Disponível em: <www.nomismatike.hpg.com.br/ImpRomano/ImpRomano.html>. Acesso em: Agosto de 2007.

GOMES, Cristiane Trani. *Conseqüências patrimoniais do concubinato adúltero*. Disponível em: www.revista.mcampos.br Acesso em: out. de 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume VI: direito d Família, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006

HÜMPEL, Victor. *Concubinato impuro*. Complexo Jurídico: Damásio de Jesus. Elaborado em: Julho de 2001. Disponível em: www.damasio.com.br/?page_name=art_019_2001&category_id=35. Acesso em: agosto de 2007.

RECURSO ESPECIAL, REsp 674176. UF: PE/ **QUINTA**. Relator **Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**. **Julgado em 29/04/2005**. Disponível em: www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200400998572. Acesso em set. 2007.

REPÚBLICA, Constituição Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família, volume 6, 28° ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Família**, vol. 6. 3° ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Marília Andrade. *Meação em razão da extinção da união estável: estudo do caso*. Boletim jurídico. Ed. n° 2006. Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1670. Acesso em: Julho de 2007.

SANTOS, Simone Moraes. *Adulterio, traição e Dano Moral*. Jus navegandi. Jati-GO, dez, 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7871>. Acesso em: outubro de 2007.

WIKIPÉDIA, *a enciclopédia livre*. Disponível em: pt.wikipedia.org/wiki/Adulterio.