

# **CONCUBINATO ADULTERINO: omissão legislativa e evolução do entendimento jurisprudencial**

*Ana Flavia Gusmão de Freitas Viana<sup>1</sup>*

Sumário – Introdução. 1. Desenvolvimento. 1.1. Concubinato x União estável. 1.2. Direitos do(a) concubino(a). Conclusão. Referências bibliográficas.

## **RESUMO**

O presente artigo tem como escopo a análise acerca do concubinato diante da evolução promovida no âmbito do Direito Civil brasileiro nos últimos anos, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Após a diferenciação entre o citado instituto e a união estável, observa-se que os entendimentos jurisprudenciais, embora ainda tímidos, estão paulatinamente alinhando-se às concepções doutrinárias acerca do necessário reconhecimento de direitos aos concubinos, colmatando a omissão legislativa, principalmente diante de situações de clara injustiça.

Palavras-chave: Concubinato. União Estável. Omissão legislativa. Direitos.

## **Introdução**

Desde os romanos, o casamento, cuja definição sofreu influências religiosas, sociais e filosóficas, antes mesmo de ser considerado um vínculo jurídico, era tido como a principal forma de se constituir família.

---

<sup>1</sup> Advogada, graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), pós-graduada em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública, na área de Ciências Penais, pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

A Constituição Federal de 1988 trouxe significativa mudança na seara do Direito de Família brasileiro ao ampliar o conceito de família em seu art. 226<sup>2</sup>, reconhecendo o casamento, a união estável e os vínculos monoparentais como entidades familiares, entendidas como tal quando presentes os requisitos de afetividade, estabilidade e convivência pública e ostensiva.

No campo doutrinário, dito artigo da Carta Magna é visto como verdadeira cláusula geral de inclusão familiar, apresentando rol meramente exemplificativo de entidades familiares, já que outros núcleos familiares também merecem especial proteção do Estado, a exemplo das famílias homoafetivas<sup>3</sup> e anaparentais<sup>4</sup>.

Nessa mesma perspectiva, com o Código Civil de 2002, o Direito de Família deixou as amarras que o limitavam à família matrimonializada, passando a ser múltiplo e tendo como fundamento a proteção das pessoas que compõem os núcleos familiares, não a família em si. O conceito de família passou a ser cultural, sendo certo que

Tais mudanças tiveram como objetivo compatibilizar o sistema jurídico com a realidade social.

Entretanto, tímida foi a iniciativa do legislador ordinário quanto ao concubinato, restringindo-se a discipliná-lo no art. 1.727 do Código Civil, incluído no título correspondente à união estável. Vejamos o que dispõe o citado dispositivo:

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

A inserção do conceito de concubinato em título pertinente à união estável certamente decorreu da origem dos institutos, umbilicalmente ligados, como se verá adiante.

---

<sup>2</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

[...]

<sup>3</sup> No sentido do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, esclarecedor o Informativo nº 414 do STF.

<sup>4</sup> A anaparentalidade significa admitir e reconhecer a existência de entidade familiar entre pessoas que não guardam estrito vínculo de parentesco entre si.

Interessa-nos, neste momento, destacar que o conceito apresentado é acompanhado de forte carga de ilicitude, e, por isto, o instituto manteve-se restrito a fato social marginalizado pelo Direito de Família.

Tal concepção tem grande contribuição dos valores monogâmicos majoritários presentes na sociedade brasileira, que discrimina as relações extramatrimoniais, o que pode ser claramente percebido quando da análise do dever conjugal de fidelidade recíproca (artigo 1.566, incisos I, do Código Civil), além da tipificação como conduta penalmente relevante, até 2005, do crime de adultério, no já revogado artigo 240 do Código Penal (revogado pela Lei nº 11.106/2005), e do ainda previsto crime de bigamia, conforme dispõe o artigo 235 do Código Penal<sup>5</sup>.

Neste sentido, como bem ressaltado por Silvio de Salvo Venosa quando da análise dos elementos constitutivos da união estável:

“a relação de unicidade do companheiro ou companheira também é lembrada pela doutrina. A idéia central é no sentido de que a pluralidade de relações pressupõe imoralidade e instabilidade (...)”<sup>6</sup>.

Observa-se que, diante da omissão legislativa, coube à doutrina iniciar os debates acerca da extensão de determinados direitos às relações afetivas concubinárias, podendo ser constatado, nos últimos anos, entendimentos jurisprudenciais que, embora ainda tímidos, se alinham a estas novas concepções.

## 1. Desenvolvimento

### 1.1. Concubinato x União estável

Embora com origens comuns, atualmente o concubinato e a união estável correspondem a institutos inconfundíveis. Vejamos:

“A expressão concubinato, etimologicamente, deriva do vocábulo latino *concubinatus*, o qual, ainda na antigüidade, significava mancebia, amasiamento, abarregamento. Verifica-se também uma influência direta do verbo *concumbo*, de origem grega, que

---

<sup>5</sup> Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:  
Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

<sup>6</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**. Vol. VI., 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p.46.

indica a ação de dormir com outra pessoa, copular, ter relação carnal, estar na cama (AZEVEDO, 2001, p.2001)<sup>7</sup>

Antes da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), a separação judicial, chamada desquite, não desfazia o vínculo matrimonial entre o casal, fazendo com que uma futura união com outra pessoa apenas representasse constituição de fato, sem reconhecimento jurídico algum. Dita união era denominada união concubinária, na qual também estavam inseridos os casados apenas religiosamente, os casados no estrangeiro cujas núpcias não eram aqui reconhecidas e os amantes.

O conceito de concubinato, portanto, era amplo e abrangia todos os tipos de relações afetivas não oficializadas através do casamento.

Foi a partir do advento do citado diploma legal (Lei do Divórcio) que se permitiu a dissolução do vínculo matrimonial, garantindo, assim, a distinção entre duas espécies de concubinato, denominadas doutrinariamente de: puro ou honesto (união livre) e impuro, que abrange três modalidades (o incestuoso, o adúlterino e o sancionador).

O concubinato puro, caracterizado pela união entre homem e mulher que convivem como se casados fossem (*more uxório*), recebeu, com a Constituição Federal de 1988, nova denominação: união estável; sendo elevado ao *status* de entidade familiar (art. 226, §3º, da CF). Embora previsto constitucionalmente, coube à legislação infraconstitucional - art. 1º da Lei nº 9.278/96 e, posteriormente, ao art. 1.723 Código Civil de 2002 - a conceituação do instituto.

Art. 1º da Lei nº 9.278/96: É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 1.723 do Código Civil: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A união estável, assim, passou a se caracterizar pela presença dos requisitos de estabilidade (relacionamento deve protrair-se no tempo com *animus* de constituir família<sup>8</sup> –

---

<sup>7</sup> QUADROS, Tiago de Almeida. **O princípio da monogamia e o concubinato adúlterino.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 412, 23 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5614>>. Acesso em: 19 nov. 2009.

<sup>8</sup> Não devendo ser esquecidas as demais finalidades da união estável e do casamento, como: a geração de prole, sua educação e assistência.

*intuitu familiae*), continuidade da relação, diversidade de sexos, publicidade e ausência de impedimentos matrimoniais.

Deste modo, a união que inicialmente era dita como livre passou a ser regulamentada, estabelecendo-se uma série de requisitos, proibições e consequências, o que para muitos representou verdadeiro contrassenso, na medida em que se extinguiu uma modalidade de relacionamento que se caracterizava justamente pela ausência de vontade de se prender às regras do casamento<sup>9</sup>.

Se, concomitantemente ao vínculo afetivo caracterizado pela não eventualidade, diversidade dos sexos e continuidade, estiver presente algum impedimento matrimonial previsto no artigo 1.521<sup>10</sup> do Código Civil, tem-se o que doutrinariamente é denominado de concubinato impuro. Nesse caso, são três as modalidades possíveis: incestuosa (incisos I a V do dito artigo), sancionadora (inciso VII) ou adúlterina (inciso VI), sendo esta última caracterizada, frequentemente, pela falta de publicidade da relação.

Frise-se que, no caso do concubinato adúlterino, decorrente do não cumprimento do dever de fidelidade recíproca ínsito ao casamento (art. 1.566, I, do Código Civil), merece destaque entendimento doutrinário acerca de sua caracterização também nos casos de descumprimento dos deveres de lealdade e respeito inerentes à união estável (art. 1.724 do Código Civil). Nesse sentido, Álvaro Villaça Azevedo:

“[...] ... em vez de falarmos em 'fidelidade da mulher', devemos mencionar o dever de lealdade recíproca, pois a lealdade é figura de caráter moral e jurídico

---

<sup>9</sup> Neste sentido:

“Rodrigo da Cunha Pereira faz uma crítica a regulamentação da união estável, dizendo ser esta uma verdadeira contradição. Se as pessoas se encontram aptas para casar e assim não o fazem, por preferir viver uma união livre, o autor questiona se poderia o Estado atribuir-lhe função equivalente ao casamento. De acordo com o raciocínio trilhado pelo mesmo, regulamentar a união estável seria o mesmo que acabar com ela, visto que o diferencial dessas uniões é o fato de não se vincular às regras do casamento, ou seja, não querer a intervenção do Estado. Nas palavras do autor: “regulamentá-la seria quase transformá-la em casamento, nos moldes e termos em que o Estado determinar.” BARRETO, Fabiana Fuchs Miranda. O tratamento jurídico do concubinato. Viajus, Porto Alegre. Disponível em: < <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=892>> Acesso em 22/11/2009.

<sup>10</sup> Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

independentemente de cogitar-se da fidelidade, cuja inobservância leva ao adultério, que é figura estranha ao concubinato [entendamos "à união estável"]<sup>11</sup>.

Assim, o concubinato passou a se restringir à espécie impura, conforme se depreende da leitura dos artigos 1.723, §1º<sup>12</sup>, e 1.727 do Código Civil de 2002, podendo restar configurado quando a relação amorosa com terceira pessoa for mantida por homem ou mulher que se encontre efetivamente em gozo de casamento ou união estável, desde que pelo menos um dos dois (nada impede que sejam ambos) esteja submetido ao impedimento matrimonial de constituir novo casamento ou união estável<sup>13</sup>.

Com relação à inclusão deste tipo de relacionamento no rol das entidades familiares, doutrinariamente, podemos distinguir duas correntes.

A primeira corrente defende a impossibilidade de se afastar o princípio da monogamia e a necessidade de estabilidade para caracterização de entidade familiar contemporânea<sup>14</sup>, entendendo não ser possível a sustentação da existência de duas uniões estáveis simultaneamente ou uma união estável e um casamento, da qual fazem parte uma mesma pessoa. Entende, pois, pela inadmissibilidade da inclusão do concubinato como entidade familiar; posicionamento seguido, de uma forma geral, pelos Tribunais Superiores.

Uma segunda corrente, pautada na evolução do conceito de família - hoje baseado na existência de vínculo afetivo - e na ausência de distinção na legislação infraconstitucional entre concubinato puro ou impuro, entende que o concubinato adúlterino seria parte integrante do conceito de união estável. Nessa esteira, como bem ressaltado por Silvio de Salvo Venosa:

“[...] o art. 1727, já citado, define como concubinato as relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar. Tal, por si só, não retira dessa modalidade de união todo o rol de direitos atribuídos à união estável, assim definida em lei. Não é essa a conclusão a que se há de chegar. Impõe-se verificar em cada caso, ainda que a situação seja de concubinato na concepção legal, quais os direitos de união estável que

---

<sup>11</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. apud GOMES, Anderson Lopes. **Concubinato adúlterino**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1360, 23 mar. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9624>>. Acesso em: 8 abr. 2016.

<sup>12</sup> Art. 1.723. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

<sup>13</sup> QUADROS, Tiago de Almeida. Op. Cit.

<sup>14</sup> Neste diapasão, a afetividade, a estabilidade (relacionamentos duradouros, o que exclui os envolvimento ocasionais) e a ostensibilidade (apresentação pública como unidade familiar) passam a servir de lastro para a conceituação da família contemporânea.

podem ser atribuídos aos concubinos, mormente a divisão de patrimônio adquirido pelo esforço comum”<sup>15</sup>.

Como dito, prevalece a primeira corrente, permanecendo o concubinato adúltero como relação desprovida de proteção legal no âmbito do Direito de Família, posição certamente decorrente de uma postura punitiva em razão da não aceitação do instituto no campo da moral social. Conforme bem destacado por Maria Berenice Dias:

“A palavra concubinato carrega consigo o estigma de relacionamento alvo de preconceito. Historicamente, sempre traduziu relação escusa e pecaminosa, quase uma depreciação moral. Pela primeira vez, esse vocábulo consta de um texto legislativo (CC, art. 1.727), com a preocupação de diferenciar o concubinato da união estável. Mas não é feliz. Certamente, a intenção era estabelecer uma distinção entre união estável e família paralela, chamada doutrinariamente de concubinato adúltero, mas para isso faltou coragem ao legislador. A norma restou incoerente e contraditória. Simplesmente, parece dizer – mas não diz – que as uniões paralelas não constituem união estável. Pelo visto a pretensão é deixar as uniões 'espúrias' fora de qualquer reconhecimento e a descoberta de direitos. Não é feita qualquer remissão ao direito das obrigações, para que seja feita analogia às sociedades de fato. Nitidamente punitiva a postura da lei, pois condena à indivisibilidade e nega proteção jurídica às relações que desaprova, sem atentar que tal exclusão pode gerar severas injustiças, dando margem ao enriquecimento ilícito de um dos parceiros”<sup>16</sup>.

Frise-se que, tendo em vista o novo conceito de família - firmado com base no vínculo afetivo - e o reconhecimento atual da união homoafetiva como entidade familiar, entende-se inadmissível a argumentação acerca da impossibilidade de ser entendida a configuração de relação concubinária também entre pessoas de mesmo sexo, interpretação que melhor se coaduna com a evolução social.

## **1.2. Direitos do(a) concubino(a)**

Conforme ressaltado anteriormente, a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar a partir de sua inclusão constitucional.

Desta forma, a união de fato, representada pelo concubinato puro, foi institucionalizada como união de direito. O que antes era apenas estado de fato converteu-se em relação jurídica.

---

<sup>15</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit. p.51.

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª ed., São paulo: RT, 2009, p. 163.

Nesta esteira, diferentemente da união estável, considerada como ato-fato jurídico<sup>17</sup>, o concubinato [impuro] permaneceu como fato social, desprovido de efeitos jurídicos no âmbito do Direito de Família, sendo tratado como sociedade de fato.

Tradicionalmente sempre predominou no campo doutrinário e jurisprudencial o entendimento de que a relação afetiva concubinária não é entendida como entidade familiar, não sendo reconhecidos ao(à) concubino(a) direitos à meação patrimonial, a alimentos ou à sucessão. Também não existe possibilidade de adoção do nome do(a) convivente ou de mudança do estado civil, assim como não se aplica a presunção de paternidade, a qual se restringe ao casamento.

Como visto, pela literalidade dos arts. 1.723, §1º, e 1.727 do Código Civil, não há possibilidade de reconhecimento de união estável concomitante à existência de casamento. Nesse caso, portanto, conforme entendimento predominante, haveria concubinato.

Diante da inexistência de regulamentação própria aplicável ao concubinato, a análise de alguns casos concretos permitiu perceber que a aplicação literal dos citados artigos, em verdade, culminaria por criar situações injustas, motivo pelo qual passaram os intérpretes a afastar as normas supracitadas - em clara aplicação do princípio da derrotabilidade<sup>18</sup> - e a reconhecer determinados direitos ao(à) concubino(a).

Assim, nos últimos anos, vem-se verificando o crescimento da corrente doutrinária que visa estender direitos aplicáveis às uniões estáveis também para os concubinos. Tal fato ganhou força após a Constituição Federal, mormente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, e vem se consolidando a passos ainda tímidos.

---

<sup>17</sup> LOBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152.

<sup>18</sup> Conforme destacado por Samuel Sales Fonteles:

“A derrotabilidade (ou superabilidade) de uma regra implica a não incidência de uma norma existente, válida e eficaz, ou seja, embora tenha percorrido todos os degraus da escada ponteana, não se sagra vitoriosa no caso que normatizou. Nisso se distingue do controle de constitucionalidade, afinal, enquanto a sindicância de constitucionalidade aquilata a validade das normas, a derrotabilidade trabalha com uma norma válida, mas episodicamente afastada em nome do que é (ou parece ser) justo. É como se a norma paramétrica migrasse da Constituição para a Justiça ou mesmo para assegurar os fins que a norma se propõe a resguardar

[...]

Na feliz síntese de Carsten Bäcker, 'derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções' (Regras, Princípios e Derrotabilidade. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n.º 102, p. 60, jan./jun. 2011).”

FONTELES, Samuel Sales. **O mínimo que você precisa saber a respeito da derrotabilidade das regras (defeasibility)**. Blog Ebeji. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/o-minimo-que-voce-precisa-saber-a-respeito-da-derrotabilidade-das-regras-defeasibility/>>. Acesso em 7/4/2016.



Nessa esteira, podem ser destacadas quatro situações a título de exemplificação do ora observado: **a)** existência de união paralela concubinária de boa-fé; **b)** existência de separação de fato entre cônjuges que não mais compartilham da comunhão plena de vida ou de relações de afeto mútuas, mas que permanecem residindo no mesmo ambiente (coabitação sem afeto); **c)** inexistência de contribuição efetiva do(a) concubino(a) para a construção do patrimônio comum; e **d)** ciência do(a) companheiro(a) ou cônjuge acerca da existência de relacionamento paralelo à união estável ou ao casamento.

Nessas hipóteses, a ausência de proteção jurídica do(a) concubino(a) poderia acarretar benefício àquele que deu ensejo à união paralela concubinária e dela sai sem qualquer responsabilidade, em clara ofensa ao princípio da boa-fé. Argumento, inclusive, que é pouco lembrado pelos defensores da proibição da proteção das relações jurídicas concubinárias no âmbito do Direito de Família, que muitas vezes lançam mão do argumento de que, caso assim seja feito, estar-se-ia estimulando dito comportamento ilícito.

Passemos à análise das citadas hipóteses.

No que concerne ao primeiro caso (concubinato de boa-fé), questão interessante pode ser levantada com relação à possibilidade de se verificar uma relação concubinária sem que fosse do conhecimento do concubino a existência de casamento ou união estável pré-existente de seu companheiro.

Poderá ser reconhecida união estável em virtude da ausência deste conhecimento? A boa-fé do concubino pode alterar os efeitos jurídicos decorrentes de tal relacionamento?

Os Tribunais Superiores já se pronunciaram a respeito da impossibilidade de se reconhecimento da existência de várias convivências com objetivo de constituir família, entendimento que tem como pilares de sustentação a incompatibilidade do caráter subjetivo da boa-fé do parceiro com a objetividade dos requisitos caracterizadores da união estável e a necessidade de segurança jurídica no campo do Direito de Família.

Entretanto, comungamos do entendimento doutrinário de que esta hipótese caracteriza, em verdade, união estável putativa. Sobre o tema, Rodrigo da Cunha Pereira, respaldado na lição de Francisco José Cahali, salienta:

“[...] se no casamento putativo são concedidos os efeitos para o contraente de boa-fé, aqui também pode ser invocado este princípio, ou seja, a(o) companheira, sendo pessoa de boa-fé na relação concubinária, e, pelo menos por parte dela(e), sendo uma relação

monogâmica, não há razões para negar a concessão de todos os efeitos da União Estável”<sup>19</sup>.

O reconhecimento da existência de união estável putativa não encontra resistência nos tribunais pátrios. A título exemplificativo, colaciono o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. PARTILHA DE BENS. MAJORAÇÃO DE ALIMENTOS. APELAÇÃO AUTORA Reconhecimento da união A confissão da apelante de que ficou sabendo somente "no processo" que o apelado estava em processo de separação com a esposa do Tocantins, as idas e vindas do réu, a distância entre os estados da federação e o processo de separação do casamento; corroboram a tese de que a apelante não sabia que o réu era casado, vivendo uma "união estável putativa", a qual, em analogia ao "casamento putativo", deve receber as consequências jurídicas similares às da união estável. Precedentes jurisprudenciais. Partilha de bens. Não vindo prova da propriedade imobiliária adquirida no curso da união, viável a partilha somente dos direitos decorrentes de contrato particular de compra e venda de imóvel. Parcialmente provido o recurso no ponto. Alimentos à filha do casal O valor dos alimentos em dois salários mínimos é adequado, pois não se sabe exatamente qual é a possibilidade econômica do alimentante, bem como se trata de valor razoável, em face das necessidades normais de uma menina de 10 anos. Desprovido no ponto. APELAÇÃO RÉU - Alimentos Considerando que o Apelante pagou à Alimentanda o valor equivalente a 02 (dois) salários mínimos desde que foram fixados provisoriamente nos autos, e os sinais da sua riqueza apontam ter condições de suportar tal importância, não há razão para reduzir o valor arbitrado na... sentença. Logo, deve ser confirmada a sentença relativamente à pensão alimentícia de 02 salários mínimos. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA AUTORA E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU. (Apelação Cível nº 70060165057, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/10/2014).

Acerca da segunda hipótese (coabitação sem afeto), Flavio Tartuce escreveu, em 2009, artigo intitulado “Separados pelo casamento. Um ensaio sobre o concubinato, a separação de fato e a união estável”<sup>20</sup>, no qual o citado autor opina no sentido de que, nessas situações, “pela quebra do afeto, da antiga *affectio familiae*, pode-se afirmar que os cônjuges estão separados de fato mesmo residindo no mesmo local. Os corpos estão próximos, mas os espíritos estão distantes”. Dessa forma, privilegiando-se a realidade fática em detrimento do vínculo jurídico, também poder-se-ia reconhecer como união estável o relacionamento afetivo paralelo vivenciado por qualquer dos consortes.

---

<sup>19</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. apud GOMES, Anderson Lopes. Concubinato adulterino. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1360, 23 mar. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9624>>. Acesso em: 9 abr. 2016.

<sup>20</sup> Tartuce, Flavio. **Separados pelo casamento. Um ensaio sobre o concubinato, a separação de fato e a união estável.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões nº. 08, Porto Alegre: Magister, fev/mar. 2009, p. 58-67.

No campo patrimonial (terceira hipótese), por sua vez, diante da resistência em se considerar o concubinato como entidade familiar, outra alternativa não havia para os intérpretes do direito que se socorrem ao direito obrigacional, a partir da figura da sociedade de fato (art. 986 do Código Civil), para efeito de partilha dos bens, solução que anteriormente era utilizada para o concubinato puro, hoje denominado união estável.

Nesta esteira, a Súmula nº 380<sup>21</sup> do STF, de 08 de maio de 1964, antes aplicada a qualquer tipo de relacionamento entre homem e mulher que não fosse o casamento, passou a ser aplicada ao concubinato na sua forma atual.

Assim, quanto à partilha de bens nas relações concubinárias, aplicando-se as regras pertinentes às sociedades de fato, o(a) concubino(a) tem direito à parte do patrimônio construído em conjunto, proporcionalmente à sua contribuição. Entretanto, neste caso, não só deverá ser comprovada a existência da relação, como, também, sua participação na formação do patrimônio comum.

Embora muito criticada, a aplicação da Súmula nº 380 do STF acabou por prevalecer, tendo como fundamento a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva e a vedação ao enriquecimento sem causa.

As críticas doutrinárias quanto à aplicação do citado verbete sumular voltam-se à indevida patrimonialização das relações afetivas concubinárias, tratadas como se sociedade de fato fossem, mesmo diante da ausência de interesse de lucro. Nesse sentido, conforme ressalta Anderson Lopes Gomes:

“[...] a súmula 380 é inaplicável às entidades familiares, entre as quais, o concubinato adúltero. Compreendemos suas razões, porém, os motivos autorizadores desse sumulado não mais persistem num Estado democrático que preza pela inclusão familiar. Não podemos jamais considerar "sociedade de fato" uma convivência conjugal em que se verifiquem uma publicidade, uma durabilidade e, principalmente, uma afetividade. "Afinal, que 'sociedade de fato' mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?", pergunta Paulo Luiz Netto LÔBO (2002)”<sup>22</sup>.

Nas hipóteses nas quais o(a) concubino(a) não tinha efetivamente dispensado recursos para a construção do patrimônio comum, os tribunais pátrios passaram a entender devida indenização pelos serviços domésticos prestados. Entretanto, atualmente predomina o

---

<sup>21</sup> Súmula 380, STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

<sup>22</sup> GÔMES, Anderson Lopes. Concubinato adúltero. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1360, 23 mar. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9624>>. Acesso em: 9 abr. 2016.

não cabimento dessa modalidade indenizatória, diante da impossibilidade de se mensurar economicamente o grau de dedicação entre pessoas que se entregam a um relacionamento amoroso. Nesse sentido:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. CASAMENTO SIMULTÂNEO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS.

- Se com o término do casamento não há possibilidade de se pleitear indenização por serviços domésticos prestados, tampouco quando se finda a união estável, muito menos com o cessar do concubinato haverá qualquer viabilidade de se postular tal direito, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento (...)

- A relação de cumplicidade, consistente na troca afetiva e na mútua assistência havida entre os concubinos, ao longo do concubinato, em que auferem proveito de forma recíproca, cada qual a seu modo, seja por meio de auxílio moral, seja por meio de auxílio material, não admite que após o rompimento da relação, ou ainda, com a morte de um deles, a outra parte cogite pleitear indenização por serviços domésticos prestados, o que certamente caracterizaria locupletação ilícita.

- Não se pode mensurar o afeto, a intensidade do próprio sentimento, o desprendimento e a solidariedade na dedicação mútua que se visualiza entre casais. O amor não tem preço. Não há valor econômico em uma relação afetiva (...).

(REsp 872.659/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 19/10/2009)

Assim, não havendo contribuição do(a) concubino(a) para a construção do patrimônio comum, o entendimento hoje predominante é o não reconhecimento de direitos patrimoniais.

Nesses casos, certamente como forma de afastar eventuais injustiças e o total desamparo daquele(a) que, durante anos, dedicou-se afetivamente a uma união concubinária, apesar de a lei expressamente não conferir direito a alimentos no caso de concubinato (art. 1.694<sup>23</sup> do Código Civil), em recente julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, vê-se que, diante das peculiaridades do caso, conferiu-se o direito de alimentos à concubina. Vejamos o acórdão:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO

---

<sup>23</sup> Art. 1.694. Podem os **parentes, os cônjuges ou companheiros** pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1o Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2o Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. 3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido. (RESP 201000481513, João Otávio de Noronha, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:31/03/2015)

Analisando o citado caso, o Ministro Relator João Otávio de Noronha destacou: “se o homem, espontaneamente, proveu o sustento da mulher durante esse longo período de relacionamento amoroso, por que, agora, quando ela já é septuagenária, deve ficar desamparada e desassistida?”.

Verifica-se que, embora apenas reconhecido o direito a alimentos sob o fundamento de se tratar de situação excepcionalíssima, tal precedente representa importante passo no reconhecimento de direitos aos concubinos, mormente diante de situações nas quais a prévia dependência econômica, seguida do rompimento da relação, importa em total desamparo do(a) ex-concubino(a).

Por fim, quanto ao quarto caso – mais polêmico -, para parte da doutrina, o conhecimento do(a) companheiro(a) ou do cônjuge acerca da existência do relacionamento afetivo paralelo - o qual, muitas vezes, perdura durante longos anos, sendo público e notório - poderia caracterizar aceitação tácita e, portanto, ensejar a aplicação da vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprio non potest*). Assim, na hipótese, por exemplo, de eventual falecimento do companheiro/cônjuge, poderia ser reconhecido o direito à divisão de eventual pensão por morte entre o companheiro/cônjuge e o(a) ex-concubino(a).

Especificamente em relação aos pedidos de rateio de pensão por morte entre esposo(a) e concubino(a), prevalecia o entendimento acerca da impossibilidade, por ser inconcebível o reconhecimento de concubinato como se união estável fosse<sup>24</sup>.

De acordo com entendimento ainda adotado pela Suprema Corte, a relação concubinária, paralela ao casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável<sup>25</sup>, sendo incabível advir desta efeitos jurídicos, tendo em vista a sua ilegitimidade (RE nº 397.762-8/BA)<sup>26</sup>.

Apesar da conclusão proferida no supracitado recurso extraordinário, que, em verdade, reiterou entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, o caso analisado ganhou significativa repercussão em virtude de suas peculiaridades e do voto proferido pelo ex-Ministro Carlos Ayres Brito, o qual claramente demonstra o crescimento da corrente doutrinária que defende o reconhecimento do concubinato adulterino como entidade familiar e, como tal, merecedora de proteção estatal.

Vejamos o caso. Tratava-se de pedido de divisão de pensão por morte, formulado pela companheira de um homem casado. Este manteve, simultaneamente ao casamento – no qual teve 11 (onze) filhos -, união estável – na qual teve 9 (nove) filhos -, tendo esta última perdurado por 37 anos até a sua morte.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, Relator do feito, salientou a necessidade de se abandonar o que ele denominou de “justiça salomônica”, priorizando a segurança jurídica e o respeito às balizas constitucionais.

Tal decisão não foi proferida por unanimidade, tendo voto vencido o então Ministro Carlos Ayres Britto, o qual ressaltou que "não existe concubinato, existe mesmo

---

<sup>24</sup> COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.

(RE 590779, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058 RB v. 21, n. 546, 2009, p. 21-23 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 292-301).

<sup>25</sup> AgRg no Ag 683.975/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 02/09/2009

<sup>26</sup> RE nº 397.762/BA, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/9/2008

companheirismo e, por isso, acho que se há um núcleo doméstico estabilizado no tempo. É dever do Estado ampará-lo como se entidade familiar fosse". E continuou o Ministro:

“Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família [sublinha], pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a-dois”.

[...]

“Sempre fico mimoseado, presenteado com intervenções e votos tão brilhantes, mas digo, simplesmente, que a definição de concubinato como mero ‘dormir juntos’ não se aplica a quem dormiu junto durante trinta anos. E segundo: é impossível manter uma relação de trinta anos às escondidas, clandestinamente. Certamente essa união era pública e notória”.

Interessante artigo sobre os debates ocorridos entre o Ministro Relator Marco Aurélio e o ex-Ministro Ayres Brito, no caso ora em análise, foi elaborado por Marcos Alves da Silva, sob o título “O caso da mulher invisível”<sup>27</sup>, no qual é feita referência à condição de invisibilidade do(a) concubino(a) perante o Direito. As nuances dos debates demonstram se tratar de acórdão paradigmático, que reflete o constante construir do Direito Civil.

Na esteira do pensamento externado pelo ex-Ministro Ayres Brito, recentes julgados permitem rateio da pensão por morte em favor do(a) concubino(a), tendo como fundamento a impossibilidade de o direito ignorar a realidade, sendo irrazoável o não reconhecimento de uma unidade familiar por não se enquadrar nos valores morais ou nas regras legais existentes. Ademais, a não divisão do benefício representaria clara injustiça e só culminaria por desamparar alguém a que o instituidor não queria desamparar.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

Trata-se de recursos inominados interpostos pela litisconsorte e pelo INSS em face de sentença que julgou procedente o pedido, reconhecendo a autora como dependente do instituidor e condenando o INSS a habilitá-la na pensão por morte, recebendo a quota-parte, de forma igual, com os demais dependentes habilitados, com DIB na DER. Sem atrasados. - Sustenta o INSS, em síntese, a existência de concubinato impuro e a impossibilidade do rateio da pensão. - Por sua vez, a parte autora alega que a recorrida não demonstrou sua condição de companheira/dependente, não fazendo jus, pois, ao benefício de pensão por morte, já que o instituidor era casado e com sua esposa conviveu até o óbito. - **No caso em apreço, após a análise das provas constantes dos autos, é de se chegar a conclusão de que, na verdade, o falecido mantinha dois relacionamentos simultâneos, convivendo maritalmente tanto com a autora da presente ação, a Sra MARIA DE JESUS DA CUNHA, quanto com a Litisconsorte MARIA DAS DORES LIRA DE SANTANA.** - Por outro lado, é certo que a caracterização de relação de união estável como entidade familiar, impõe a satisfação de

---

<sup>27</sup> SILVA, Marcos Alves da. **O caso da mulher invisível**. Disponível em: <<http://www.marcosalves.adv.br/o-caso-da-mulher-inv%C3%ADsivel.php>>. Acesso em: 08/04/2016.

alguns requisitos, que deve estar presentes na relação afetiva, requisitos esses dentre os quais podemos citar os deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. É essa a inteligência das normas contidas nos arts. 1.723 e 1.724, do Código Civil de 2002, in verbis: [...] - **Nesse contexto, não há como se reconhecer a existência simultânea de duas uniões estáveis, haja vista a vedação legal expressa e, bem assim, a quebra do dever de lealdade e respeito a ser observado entre os companheiros e, por tal razão, somente uma das relações poderia ser considerada como união estável, ao passo que a outra constituiria espécie de concubinato.** - Não obstante, tal fato por si só não se nos afigura suficiente para afastar o direito perseguido pela autora, haja vista o atual entendimento de que **"apesar da distinção existente em Direito Civil entre companheira e concubina (art. 1727 do Código Civil), para fins previdenciários, entendo que deve ser dada primazia à realidade, protegendo-se as relações com feições de entidade familiar, não obstante haja impedimento ao casamento de qualquer das partes"** (APELREEX 200381000062865, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::10/12/2010 - Página::68.). Nesse sentido, confirmam-se ainda: ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE DE EX-COMBATENTE. INSTITUIDOR CASADO. CONCOMITÂNCIA DE UNIÕES AFETIVAS. DIREITO À PERCEPÇÃO DE COTA-PARTE DA PENSÃO PELA CONCUBINA. UNIÃO ESTÁVEL CONFIGURADA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS. 1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido autoral, qual seja, o de condenação da União a promover a habilitação da demandante como companheira e beneficiária de pensão por morte de ex-combatente com quem manteve uma união estável. 2. Sobre a possibilidade de se ratear uma pensão entre a viúva e a concubina do instituidor, mesmo que ele não esteja separado de fato da esposa, a jurisprudência deste e. Tribunal tem se posicionado de forma reiterada por reconhecer o direito da concubina à percepção de parcela desse benefício, desde que provada a união estável mantida entre o de cujus e a demandante. Precedentes: AC 20078000060100, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::02/06/2011 - Página::270; AC 200282010028566, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::31/08/2010 - Página::101; TRF - 5ª Região, AC 432123-RN, Primeira Turma, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJU de 17.10.2008, pág.: 247, nº: 202; e AC 200282010046660, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Quarta Turma, DJ - Data::18/08/2008 - Página::1035 - Nº::158. [...] (AC 00000947620104058000, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::26/04/2012 - Página::306.) - Grifamos. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. COMPANHEIRA. PENSÃO MILITAR. VERIFICADA A UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE DUAS COMPANHEIRAS CONCOMITANTES. AS PARCELAS EM ATRASO DEVEM SER ARCADAS PELA ADMINISTRAÇÃO. APELOS IMPROVIDOS. 1. [...] (AC 200484000047620, Desembargador Federal Francisco de Barros e Silva, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data::17/10/2008 - Página::247 - Nº::202.) - Grifamos. - De fato, constam provas suficientes com as quais se verifica que existiu uma convivência marital simultânea do de cujus com a autora e também a litisconste passiva, não se tratando tão somente de mero relacionamento fulgaz, vez que em ambos os casos se tratou de de relação duradoura com feições de entidade familiar. Conforme bem pontuado na sentença: "No caso concreto, foi possível concluir pela existência de união estável entre a autora e o de cujus. Com efeito, estão acostados nos autos documentos que comprovam relacionamento público, notório, duradouro, com demonstrações claras de afeto mútuo, com filho em comum. **Os depoimentos e as circunstâncias indicam que a autora convivia há vários anos com o instituidor, o qual trabalhava em um hotel da região de Ipojuca e passava a semana nessa localidade, residiam na mesma casa, tiveram filha em comum. Contudo, o instituidor também mantinha seu relacionamento com a esposa aos finais de semana e feriados.** Destaque-se o fato de o falecido permanecer por mais tempo coabitando com a autora do que com sua esposa, tendo em vista a permanência do instituidor com a demandante de segunda a sexta e apenas aos sábados e domingos com a ré. Ademais, a demandante colacionou aos autos



fotografias que provam a proximidade entre ela e o de cujus, fato este corroborado pelo depoimento prestado pela testemunha arrolada pela parte autora. Assim, concluo pelo preenchimento do requisito ora analisado. Destaco, contudo, que havia uma concomitância de relacionamentos, pelo que o reconhecimento de sua qualidade de dependente somente lhe beneficia com 50% do valor da pensão por morte existente. **Destaco, por fim, que o direito não pode ignorar a realidade, havia efetivamente um duplo relacionamento, com dependência econômica de ambas, não sendo razoável se executar uma unidade familiar por não se enquadrar nos valores morais ou nas regras legais existentes. Não se está aqui avaliando a moralidade da relação e sim a situação fática existente. A não divisão do benefício é claramente injusta e só vem a desamparar alguém a que o instituidor não queria desamparar.** Não há como ignorar que existia outro núcleo familiar com a concubina, de vários anos, inclusive com filha em comum. Afastar a concubina desse direito é se afastar do próprio objetivo da pensão por morte que é amparar as pessoas que dependiam economicamente do instituidor após a sua morte." - Trecho da Sentença. - **Com efeito, ambas as relações são idôneas a gerar direitos e obrigações, mormente no que se refere a direitos previdenciários, sendo de se destacar por fim que tal questão se encontra pendente de análise no c. STF, já se havendo reconhecido a existência de repercussão geral da matéria, haja vista a difusão da procura pela tutela jurisdicional pretendendo o reconhecimento de uniões simultâneas.** Confira-se: EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS DISCUTIDAS. Possuem repercussão geral as questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável homoafetiva e à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes.(ARE 656298 RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012 RT v. 101, n. 922, 2012, p. 742-746 ) - E, por tal razão, não há porque se modificar a sentença vergastada, porquanto proferida em conformidade com tal entendimento. - [...]. ACÓRDÃO Vistos, etc. Decide a 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS INOMINADOS, nos termos do voto supra. Recife, data do julgamento. FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER Juiz Federal - 2º Relatoria (Recursos 05003311420154058312, FREDERICO AUGUSTO L. KOEHLER - Segunda Turma, Creta - Data::13/01/2016 - Página N/I.) (grifos nossos)

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. RATEIO. ESPOSA E CONCUBINA. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE CONFIGURADA. DEVOLUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TUTELA ESPECÍFICA. 1. [...] 5. O momento atual, no que concerne ao modelo familiar, é de transição. Busca-se consolidar um novo formato a ser conferido à família, tendo o ordenamento jurídico pátrio passado a sofrer alterações significativas, a fim de se adequar aos novos anseios da sociedade. Neste sentido, a CF/88 representou um marco evolutivo nesse processo de adaptação, ampliando o conceito de família e passando a servir de norte para todas as normas infraconstitucionais. 6. A admissão de outros modelos familiares que não o lastreado no casamento é resultado da alteração da base ideológica de sustentação da família. Procura-se hoje considerar a presença do vínculo afetivo e protetivo como fator determinante para a enumeração dos núcleos familiares. Admitida a afetividade como elemento essencial dos vínculos familiares, aqui vista também como a intenção de proteção mútua, resta saber até que ponto os relacionamentos humanos nos quais tal sentimento esteja presente podem vir a ser rotulados de família, sendo, conseqüentemente, abarcados pelas normas jurídicas que tutelam os indivíduos que a constituem. 7. Entende-se por concubinato puro a modalidade de envolvimento afetivo, entre homem e mulher, que obedeça os ditames sociais. Trata-se de verdadeiro casamento não oficializado, uma vez que atende a todas as condições impostas à sua celebração e os envolvidos se comportam como se casados fossem, lhes faltando apenas o reconhecimento estatal. Já o concubinato impuro, por sua vez, refere-se a todo e

qualquer envolvimento afetivo que se estabeleça em afronta às condições impostas ao casamento, condições estas materializadas nos impedimentos matrimoniais. 8. A princípio, dentro do quadro evolutivo jurídico, marcado pela valorização do afeto e superação de formalismos, parece ter sido preservada a vigência do princípio jurídico da monogamia. Isto porque não se pode olvidar que o modelo monogâmico ainda é o que melhor atende às aspirações da sociedade contemporânea, garantindo a estabilidade necessária à educação da prole e ao desenvolvimento do homem na qualidade de agente econômico, político e social. 9. **Nessa linha de raciocínio, o reconhecimento de direitos previdenciários decorrentes de concubinato impuro depende de uma série de requisitos que demonstrem cabalmente a existência de dois relacionamentos (casamento e concubinato) que em praticamente tudo se assemelhem, faltando ao segundo tão-somente o reconhecimento formal. Deve ser levado o efetivo "ânimo" de constituição de uma unidade familiar para fins de proteção mútua e estatal, com suas respectivas variáveis, tais como eventual dependência econômica, tempo de duração da união, existência de filhos, etc.** Do contrário, deve prevalecer o interesse da família legalmente constituída. 10. **Na hipótese dos autos, correta a sentença que determinou o rateio da pensão entre esposa e concubina, eis que restou demonstrado pela autora que seu relacionamento duradouro com o de cujus se revestia dos requisitos necessários para a caracterização da união estável constitucionalmente protegida.** 11. Os valores já recebidos pela dependente habilitada anteriormente não devem ser descontados em razão do desdobramento do benefício, pois recebidos de boa-fé. 12. [...]. (AC 200871990048412, JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, TRF4 - SEXTA TURMA, D.E. 21/01/2010.) (grifos nossos)

## Conclusão

Por todo o exposto, vê que o Direito Civil está em constante construção e, no último século, passou por significativas transformações no Brasil.

Não precisamos voltar muito no tempo para verificar que, sob o propósito de proteger a família legítima (casamentária), a ordem jurídica não conferia aos filhos ilegítimos (entendidos como tais aqueles advindos de relacionamentos extraconjugais) os mesmos direitos garantidos à prole legítima. A família era indissolúvel e o adultério era tipificado como crime (art. 240 do Código Penal, revogado pela Lei nº 11.106/2005).

Percebe-se a intenção do legislador ordinário e da maioria de seus intérpretes de excluir qualquer possibilidade de reconhecimento da relação concubinária adulterina, afastando a incidência das normas atinentes ao Direito de Família, na tentativa de manter a idéia de ilegitimidade deste tipo de relacionamento e de proteger a entidade familiar inicialmente formada, inclusive quanto ao patrimônio constituído<sup>28</sup>.

O objetivo da proteção conferida à família, entretanto, mudou. A necessidade de proteger o casamento a todo custo, voltada eminentemente à estabilidade patrimonial, foi

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, observa-se os artigos 550, 1642, inciso V, 1801, inciso III, do Código Civil de 2002.

transformada na necessidade de proteger os membros que compõem a entidade familiar, resguardando-se a dignidade humana que lhes é inerente.

Nesta perspectiva, uma nova leitura do art. 1.727 do Código Civil, à luz do texto constitucional, permite que se conclua que o dispositivo não retira, por si só, a possibilidade de reconhecimento de direitos às uniões concubinárias.

É certo que Código Civil faz algumas restrições, mormente tendo como base a necessária boa-fé entre os membros de uma entidade familiar. Nesse sentido: o art. 550 veda doações do adúltero ao seu cúmplice, sendo o prazo de dois anos para a sua anulação; o art. 1.642, inciso V, autoriza que o cônjuge reivindique os bens doados ou transferidos pelo outro ao concubino, sem que para esta reivindicação necessite de autorização do outro; e o art. 1.801, inciso III, que proíbe expressamente que o concubino de testador casado seja nomeado herdeiro ou legatário.

Entretanto, ditas vedações são pontuais e, se ao aplicador do direito cabe pautar suas decisões na equidade e na prevalência da justiça, não restam dúvidas quanto à falha legislativa pertinente à questão, assim como quanto à incongruência das decisões judiciais que, privilegiando o vazio legal, ignoram o fato social, muitas vezes público e notório.

Cabe ao magistrado, portanto, na análise de cada caso concreto, verificar quais direitos merecem ser resguardados ao(à) concubino(a), conforme vem-se observando nas recentes decisões judiciais colacionadas ao presente trabalho, de forma a acompanhar a evolução do Direito Civil e sua necessária adequação à realidade social.

Inclusive, não se pode deixar de destacar que, embora ainda minoritários, há entendimentos jurisprudenciais no sentido de que ao concubinato adúlterino devem ser aplicadas as mesmas regras da união estável, considerando-o verdadeira entidade familiar<sup>29</sup>.

Por fim, salienta-se que, certamente, a ausência de regulamentação própria destinada ao concubinato e a negativa de reconhecimento de efeitos jurídicos deste decorrentes acabam por prejudicar somente aquele que não possuía o dever legal de fidelidade, lealdade e respeito inerentes ao casamento e à união estável. Assim, aquele que descumpriu ditos deveres sairia do relacionamento concubinário – que muitas vezes prolonga-

---

<sup>29</sup> “APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cujus* em período concomitante ao casamento de ‘papel’. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o *de cujus*. Meação que se transmuda em ‘triação’, pela duplicidade de uniões. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O DES. RELATOR”. (TJ/RS, Apelação Cível Nº 70019387455, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 24/05/2007).

se durante décadas, como visto - sem qualquer responsabilidade perante o(a) ex-concubino(a). Um verdadeiro contrassenso!

### Referências bibliográficas

AZEVEDO, Álvaro Villaça. apud GOMES, Anderson Lopes. **Concubinato adúltero**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1360, 23 mar. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9624>>. Acesso em: 08/04/2016.

BARRETO, Fabiana Fuchs Miranda. **O tratamento jurídico do concubinato**. Viajus, Porto Alegre. Disponível em: < <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=892>> Acesso em 22/11/2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed., São paulo: RT, 2009.

FRONTELES, Samuel Sales. **O mínimo que você precisa saber a respeito da derrotabilidade das regras (defeasibility)**. Blog Ebeji. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/o-minimo-que-voce-precisa-saber-a-respeito-da-derrotabilidade-das-regras-defeasibility/>>. Acesso em 07/04/2016.

GOMES, Anderson Lopes. **Concubinato adúltero**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1360, 23 mar. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9624>>. Acesso em: 09/04/2016.

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUADROS, Tiago de Almeida. **O princípio da monogamia e o concubinato adúltero**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 412, 23 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5614>>. Acesso em: 19/11/2009.

SILVA, Marcos Alves da. **O caso da mulher invisível**. Disponível em: <<http://www.marcosalves.adv.br/o-caso-da-mulher-inv%C3%ADsivel.php>>. Acesso em: 08/04/2016.

Tartuce, Flavio. **Manual de Direito Civil** – Volume Único. 6ª ed., São Paulo: Editora Método, 2016.

Tartuce, Flavio. **Separados pelo casamento. Um ensaio sobre o concubinato, a separação de fato e a união estável**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões nº. 08, Porto Alegre: Magister, fev/mar. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**. Vol. VI., 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.