

As Relações Extraconjugais e o Terceiro de Boa-Fé: União Estável Putativa e Concubinato Consentido

Luciano L. Figueiredo¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Concubinato *versus* União Estável. 2.1 O antigo Concubinato Puro e a Atual União Estável. 2.2 O Concubinato (Impuro). 3 O Suposto Princípio da Monogamia. 4 A Tutela das Relações Concubinárias: O que fazer com os concubinatos e as famílias paralelas? 4.1 Primeira Tese: Negativa de Direitos à Concubina. 4.2 Segunda Tese: Monetização do Afeto e Tratamento em Sede Obrigacional 4.3 Terceira Tese: Efeitos Familiares às Relações Concubinárias 4.4 Predominância no STF e STJ: Qual a tese? 5. Novos Rumos: Relação Obrigacional ou Familiar? 5.1 A União Estável Putativa 5.2 O Concubinato Consentido. 6. Em Busca de Conclusões.

Resumo: O escopo deste *paper* é deslindar a seguinte questão: o ordenamento jurídico nacional confere direitos à concubina? A pergunta posta revela progressiva divergência na doutrina e jurisprudência nacionais, sendo perceptíveis os mais diversos posicionamentos acerca do tema. O problema torna-se ainda maior por perpassar os argumentos, muitas das vezes, por pré-concepções de ordem cultural, as quais nem sempre confluem segundo um olhar pautado na lente da técnica. O desenvolvimento do trabalho terá como bússola noções de ordem técnica, em uma tentativa de conformação dos valores éticos nacionais (ética da situação) com a tutela das famílias paralelas. Para tanto, perpassa o artigo pela análise do concubinato e da união estável; a verificação se a monogamia é ou não um princípio; a atual tutela das famílias concubinárias, com a análise posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários; e a verificação dos novos rumos acerca do tema, observando a influência da pós-modernidade nos arranjos familiares. Com esta produção acadêmica espera-se chamar a atenção para o necessário debate teórico do tema, pautado em sua significação segundo um olhar ético e digno das relações existenciais.

Família, um sonho ter uma família
Família, um sonho de todo dia

Família é quem você escolhe pra viver
Família é quem você escolhe pra você
Não precisa ter conta sanguínea
É preciso ter sempre um pouco mais de sintonia
(YUKA, Marcelo - D R ° X - L P A. In: O RAPP)

1 Introdução

A relação extraconjugal é assunto que desperta olhares curiosos e recriminadores. Consiste em tema polêmico, recheado de controvérsias morais e jurídicas, além de dialogar diretamente com o ser humano, suas complexidades e subjetividades.

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Especialista (Pós-Graduado) em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito Civil na Universidade Salvador (UNIFACS); Escola dos Magistrados da Bahia (EMAB) e Associação de Procuradores do Estado da Bahia (APEB). Professor do JusPodivm e da Rede LFG. Palestrante e Autor de Artigos Científicos. Contato: lucianolimafigueiredo@yahoo.com.br. Site: www.direitoemfamilia.com.br.

A análise do afeto, sua jurisdicização e as conseqüências para o direito, é repleta de nuances. Normatizar os vínculos de afetividade, como se fossem matemáticos e com regras de subsunção exatas e irrefutáveis, é um caminho impossível de ser trilhado, seja pelo direito, ou por qualquer outro ramo do conhecimento que se debruce sobre o assunto.

O amor não é exato. Não é sabido o seu fato gerador. Não há segurança jurídica ou certeza quanto a sua durabilidade, constância e nível de correspondência. O ser humano é feito de predominâncias, o que torna as escolhas extremamente complexas. Uma única escolha envolve inúmeras renúncias paralelas; e abdicar não é dos atos mais simples.

Soma-se a isto outras agravantes, como a verificação de culturas nas quais o poliamorismo não só é permitido, como estimulado²; a percepção de que a monogamia é fortemente influenciada por razões cristãs e a progressiva presença de arranjos sócioafetivos curiosos, nos quais há terceiros de boa-fé.

Curioso ainda é perceber que se estar a tratar de um tema privatístico, dos mais íntimos, relacionado às escolhas afetivas e formas de compartilhar o afeto. Como tolerar, em um tema de índole particular, intervenção estatal com exigência de respeito à monogamia? Como elevar a monogamia a uma questão de interesse público, apta a gerar ilícito civil, capaz de levar à separação fundada em culpa e demanda de responsabilidade civil por danos morais?

Além disso, causa estranheza a afirmação, reiterada em manuais dedicados ao direito das famílias, segundo a qual a monogamia é um dogma. Essa assertiva baseia-se em valores católicos e no ideal de publicização do direito civil, segundo o qual neste ramo há normas cogentes, de ordem pública e necessidade de obediência cega. O risco dessa linha de pensamento é a hipertrofia do público sobre o privado, com a total derrocada do princípio da autonomia privada³, passando os operadores do direito a

² É cediço, por exemplo, que nas culturas orientais filiadas ao islã é admitida a tetragamia, sendo possível um homem se casar com até quatro mulheres. Infere-se, portanto, que a monogamia sofre variações no globo terrestre a partir da análise da microrracionalidade.

³ A autonomia da vontade, conceito que remete ao ideal da liberdade contratual vivenciada à época da Revolução Francesa, foi revisitada, sendo relida através do paradigma atual de limitações, com base na eticidade, sociabilidade e dignidade da pessoa humana, além de outros valores cogentes.

A liberdade contratual francesa possibilitava a livre escolha do contratado, da espécie contratual e das cláusulas do contrato, sendo este seu tripé fundador. Hodiernamente, por conta da massificação das relações sociais e dos contratos de adesão, o tripé supramencionado foi extremamente relativizado, sendo que, por vezes, a parte contratante não é capaz de escolher nem o contratado, nem as cláusulas do contrato e nem o tipo contratual. Para exemplificar, menciona-se um contrato de fornecimento de energia elétrica, no qual o consumidor não escolhe a concessionária de serviço público (há exclusividade), nem o contrato e suas cláusulas (contrato de adesão). Subsiste, apenas, a liberdade de aderir, ou não, ao bloco contratual. Diga-se que já é possível até mesmo questionar se há essa liberdade em aderir ou não ao contrato, mormente quando se refere a serviços essenciais, como água e luz.

Nessa ótica, a autonomia da vontade sofreu releitura, sendo mitigada, mas não dilacerada. Fala-se atualmente em uma autonomia privada ou negocial, a qual é limitada por normas cogentes e questões mercadológicas.

Como não consiste o centro do trabalho versar acerca da autonomia, apenas confere-se esta notícia da motivação que levou o autor a utilização dos adjetivos privada ou negocial, ao revés de vontade, em relação à autonomia. Sobre o tema, indica-se a consulta de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008,

permitir invasão Estatal cogente em tema estritamente particular; qual seja: como e de qual forma o ser humano relaciona-se.

Nesse cenário é que se coloca o tema-problema central deste trabalho acadêmico: o ordenamento jurídico nacional confere direitos ao concubino?

A polêmica derredor deste questionamento é crescente, principalmente em virtude dos mais variados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto. A moderna conformação do direito das famílias, pautada em ideais de ética, dignidade, afeto e pluralidade, ocasionou uma onda de vozes na defesa do amante e da amásia. Eufemismos passaram a ser utilizados. A amásia, antes denotada como aquela que mantinha relações com homem casado, passou a ser enquadrada no poliamorismo, com questionamentos sobre a possibilidade de ser titular de direitos.

Tais eufemismos, porém, não foram capazes de aniquilar a forte repudia social ao fato, ainda combatido amplamente pela sociedade.

Nesse diálogo, entre a conferência de direitos e o combate social, é que caminhará o trabalho, tendo como norte uma construção desprovida de pré-concepções, sejam de origem cristã, machistas ou feministas⁴. Para análise do problema serão enfrentados assuntos que orientam a pesquisa, como questões relativas à união estável, concubinato, princípio da monogamia, e a (im)possibilidade de existência de famílias paralelas.

2 Concubinato *versus* União Estável

A etimologia da expressão concubinato significa comunhão de leitos. Advém do latim *cum* (com), *cubare* (dormir), *concupinatus*, traduzindo a companhia na cama, a presença mútua no leito afetivo. Durante largo período histórico, o signo concubinato fora utilizado como gênero, o qual abrangia a sua modalidade pura, existente entre pessoas que poderiam se casar, e a impura, contraído entre pessoas impedidas para casar.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o tratamento do tema mudou de figura. Observa-se a adoção de sistemática dual, a qual separa conceitualmente a união estável do concubinato. Reserva-se à união estável o conceito dantes conhecido como de concubinato puro; e ao concubinato, propriamente, apenas sua anterior versão impura. Aliado a isto, é especificada a denominação dos integrantes de tais figuras, sendo aqueles partidários da união estabilizada chamados de companheiros, enquanto os que possuem relação afetiva em desatenção a impedimento matrimonial, simplesmente concubinos.

p. 70); Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2006, p. 2), Ana Prata (1982, p. 7-8) e Clóvis Couto e Silva (1976, p. 18).

⁴ Cediço, porém, que as pré-concepções são impassíveis de ser afastadas por completo. O homem é objeto de sua história e formação cultural, sendo a tentativa de neutralidade um mito. Todavia, malgrado a forte formação católica, de quem com muito orgulho estudou por 11 (onze) inesquecíveis anos no Colégio Antônio Vieira, a proposta é a tentativa de uma construção jurídica, técnica e segundo a legalidade constitucional.

Sobre o mito da neutralidade, com um enfoque voltado ao Poder Judiciário, conferir o artigo do Professor Rodolfo Pamplona Filho (2001).

2.1 O antigo Concubinato Puro e a Atual União Estável

O concubinato puro, hodiernamente chamado simplesmente de união estável, ingressou no ordenamento jurídico nacional através do Direito Previdenciário, mediante o Decreto 20.465/31 (LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social). Neste momento, conferiu-se à companheira, à época ainda denominada de concubina, o direito de perceber pensão previdenciária.

O direito civil, muito conservador e guiado por uma ótica patrimonialista, apenas iniciou a tutela na seara das obrigações, quando reconheceu à companheira o direito a indenização pelos serviços domésticos prestados, com nítida tutela obrigacional. Posteriormente, avançou dentro da seara obrigacional, adotando a teoria da sociedade de fato, ventilada através da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (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.”

Até então se tinha uma proteção guiada pelo patrimonialismo obrigacional. As ações, inclusive, não eram de competência específica da Vara de Família, mas sim do juízo cível. Apenas ao final do Século XX, com a Constituição Cidadã⁵ de 1988, que foi dignificada a união estável, considerando-a entidade protegida pelo direito das famílias e iniciando o sistema dual (união estável x concubinato) hoje vigente. Ato contínuo, duas leis surgiram regulamentando o comando constitucional, quais sejam: Lei 8971/94 e Lei 9278/96, conferindo aos companheiros direito aos alimentos, regime de bens e sucessões.

Conceitualmente, a união estável⁶ é a convivência pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher⁷, desimpedidos para casar ou separados, com o intuito de

⁵ A Constituição Federal de 1988 foi o diploma responsável por abrir os poros das famílias, passando a tutelar no seu art. 226 a família fora do matrimônio. Enfim, rompeu o constituinte originário com a elevada influência católica, a qual durante grande lapso de tempo influenciou o direito a apenas legitimar a família casamentária. Reconheceu expressamente o constituinte originário outros núcleos familiares, como a família decorrente da união estável e àquela denominada monoparental.

A doutrina, conduzida pelo artigo do Professor Paulo Luiz Netto Lôbo (2002), não demorou a reconhecer que a aludida enumeração constitucional é exemplificativa, inserindo outras modalidades familiares, como a anaparental, na feliz construção de Sérgio Resende de Barros (2002), a homoafetiva, dentre outras...

A família, antes vista como uma finalidade em si mesma, passa a ser vista como instrumento, cujo escopo é a proteção do ser humano. Nessa trilha, reconhece o poder judiciário que o *single* forma uma família, para o fim de proteção do bem da família legal, em clara tutela do patrimônio mínimo e direito de moradia. Esse é o teor da Súmula 364 do STJ, datada de novembro do ano passado. *In verbis*: o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

Sobre o tema indica-se a consulta Cristiano Chaves (2007) e Rodrigo da Cunha Pereira (2006), bem como os festejados manuais de direito das famílias indicados neste trabalho.

⁶ Sobre o tema, confira o art. 1.723 do Código Civil.

⁷ Uma das discussões da ordem do dia é acerca da possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista a dicção do art. 1723 do CC e 226, p. 3, ambos expressos ao afirmar que a união estável é entre homem e mulher.

Chama-se a atenção de que durante largo período de tempo o Poder Judiciário afastou o pedido de união estável entre pessoas do mesmo sexo com base na tese de carência da ação, em vista da suposta impossibilidade jurídica do pedido – a norma fala em união entre homem e mulher.

O tema, apesar de instigante, não foi eleito no recorte epistemológico deste trabalho. Merece, decerto, produção acadêmica específica e aprofundada, enfrentando todas as nuances da questão. Todavia, há, ao menos, duas importantes notícias dos Órgãos de Cúpula do Direito Nacional.

estabelecer família. A caracterização da união estável não mais demanda a presença de um prazo mínimo, como outrora aconteceu no direito nacional⁸. De igual sorte, não se faz necessária a coabitação (*more uxorio*), a teor da súmula 382 do Supremo Tribunal Federal⁹, e nem a prole em comum.

Infere-se, portanto, que o traço distintivo entre a união estável e o namoro é justamente o ténue objetivo de constituição de família, como relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo¹⁰ em interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Na relação interpessoal a união estável pressupõe a observância de deveres bem próximos ao do matrimônio, como o dever de lealdade, respeito, assistência, guarda sustento e educação dos filhos¹¹. A maioria doutrinária vaticina que, malgrado a norma abordar a lealdade no lugar da fidelidade, esta é necessária na união estável, pois decorre da lealdade e do respeito mútuo¹².

Data venia, com respeito à opinião dos demais, isto não é o que enxerga este autor. A lealdade é uma decorrência da boa-fé e confiança nas relações privadas, o que remete ao festejado princípio da eticidade, presente no vigente Código Civil (Reale, (2000¹³). De fato, é possível o respeito à lealdade sem a ocorrência da fidelidade recíproca, a partir do momento em que resta adimplido o dever de informação, anexo a toda relação horizontal como decorrência da boa-fé¹⁴. Uma vez previamente pactuado e

Inicialmente, o STF no seu Informativo 414, veiculado em fevereiro de 2006, noticiou sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 3300, do Distrito Federal, proposta pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros. Tal ação foi extinta sem o julgamento do seu mérito, ao passo que buscava reconhecer a inconstitucionalidade de um artigo já revogado, qual seja: o artigo 1 da Lei 9.278/96, o qual afirmava ser a união estável entre homem e mulher. Todavia, o relator Celso de Mello, na dicção do seu voto asseverou, a necessidade de se discutir o tema, até mesmo através de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou até mesmo uma ADI em face do atual art. 1723 do Código Civil.

Outra importância referencial é o Informativo 366 do STJ, este de setembro de 2008, o qual afirmou ser juridicamente possível o pedido de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ou seja, segundo o recente entendimento do STJ não há de falar-se em carência da ação em vista da suposta impossibilidade jurídica do pedido. Isto, porém, não quer significar que o STJ reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois remeteu o julgamento às instâncias inferiores, para não haver supressões indevidas. Pode-se, dizer, porém, que estamos prestes a vencer a questão processual e assistir, em um futuro próximo, julgamentos do STJ e STF, de mérito, acerca do assunto.

⁸ A norma vigente no Brasil entre 1994 e 1996 (Lei 8.971/94) exigia, no seu art. 1º, o prazo de 5 (cinco) anos para configuração da união estável.

⁹ Afirma a Súmula 382: A vida em comum sob mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização da união estável.

¹⁰ Isso que observa-se no julgamento do REsp 474.962/SP, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 23.09.2003, DJ 01.03.2004 p. 186, quando assevera o relator que: [...] **IV - Seria indispensável nova análise do acervo fático-probatório para concluir que o envolvimento entre os interessados se tratava de mero passatempo, ou namoro, não havendo a intenção de constituir família.**

¹¹ Sobre o tema, confira o art. 1.724 do vigente Código Civil.

¹² Este é o posicionamento de Álvaro Villaça de Azevedo (2002, p. 444), Rolf Madaleno (2008, p. 819), Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 232) e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2008, p. 402), dentre outros.

¹³ Aprofundando o tema princípios do vigente Código Civil indica-se a consulta da obra A Função Social das Patentes de Medicamentos, cuja produção é do autor deste trabalho e dedica todo um capítulo ao tratamento deste tema. Neste livro são feitas várias referências aos baluartes nacionais sobre o tema.

¹⁴ Para um estudo detalhado do princípio da boa-fé, falando por todos, indica-se a leitura de Judith Martins-Costa: A Boa-Fé no Direito Privado (2000) e Cláudia Lima Marques: Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor (2006). As referidas autoras ao realizarem aprofundado estudo sobre a boa-fé

informado no relacionamento não há respeito à fidelidade, as traições serão leais, pois não terão qualquer alusão à quebra da confiança.

O regime de bens da união estável, aplicável no silêncio das partes, é o da comunhão parcial, conforme norma supletiva do Código Civil¹⁵. A norma é supletiva por ser possível às partes, mediante contrato, estabelecer regime de bens diverso. Tal contrato, hodiernamente denominado de convivência, deve ser confeccionado mediante escritura pública e registrado, para que tenha eficácia *erga omnes*. É a medida substitutiva ao pacto antenupcial presente no casamento¹⁶.

2.2 O Concubinato (Impuro)

Consoante o art. 1727 do Código Civil, significa o concubinato “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar.” O conceito engloba como concubinária tanto as relações ditas, coloquialmente, como extraconjugais¹⁷, como àquelas entre parentes¹⁸.

Vê-se que a tradução atual do signo concubinato, o qual remetia às famílias não matrimonializadas, hoje condiz, geralmente, com as relações ilícitas, paralelas a casamentos ou uniões estáveis tuteladas pelo direito. Envolve o amante ou a amásia, em desrespeito ao dever de fidelidade do casamento e lealdade da união estável.

objetiva e suas funções (interpretativa, integrativa e restritiva), afirmam que este princípio é capaz de gerar deveres anexos nas relações, sendo o de informação um desses deveres. Essa possibilidade, inclusive, já foi reconhecida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), no seu Enunciado 24, o qual equipara o descumprimento de dever anexo a descumprimento contratual, e impõe a responsabilidade independentemente de culpa. Cita-se: “En. 24.: Art. 422.: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação aos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

¹⁵ Sobre o tema, confira o art. 1.725 do Código Civil.

¹⁶ Conforme notícia Pablo Stolze (2005), em artigo sobre o tema, é de questionável validade o que usualmente vem sendo denominado de contrato de namoro: declaração lavrada por escritura pública na qual as partes afirmam viver uma relação instável de namoro, para evitarem as regras da união estável. Arremata o Professor Pablo Stolze que seria um contrato nulo, por invalidade de seu objeto.

Particularmente, não enxerga o autor a aludida invalidade intrínseca, mesmo concordando com o fato de ser a união estável uma situação de fato, apenas reconhecida pelo direito. De fato, o referido contrato de namoro afasta o requisito subjetivo da união estável, no momento em que demonstra não ser objetivo do casal a constituição de uma família.

Diga-se que o referido contrato, ainda, tem presunção de validade e inexistência de vícios, no momento em que é realizado no respectivo Tabelionato, com a intervenção de um agente estatal.

Claro, porém, que não é o contrato um instrumento absoluto, sendo possível ao magistrado, na análise do caso concreto e avaliação do conteúdo probatório, entender que o contrato em questão revela uma tentativa de fraude, o desconsiderando e configurando a união estável. Isto, repisa-se, não quer dizer que o contrato é inválido no seu nascedouro, mas sim que não mais condiz com a situação fática vivenciada pelo casal.

Uma análise desta forma não seria inédita para o direito, tendo em vista que é justamente esta linha de raciocínio aplicada às hipóteses nas quais o juiz do trabalho desconsidera o contrato de prestação de serviços - o que seria o namoro, por analogia - e aplica às normas relativas à relação de emprego - o que seria a união estável, por analogia.

¹⁷ Chama-se a atenção que a expressão extraconjugal não deve remeter apenas aquelas relações paralelas ao casamento, mas também as que forem em desrespeito à união estável.

¹⁸ Este também é o pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira (2006) e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 389).

Em um rigor mais técnico, porém, pode-se denominar de concubinato a relação adúltera, infiel, desleal ou incestuosa, não remetendo apenas à amásia, ao passo que o rol de impedimentos do Código Civil¹⁹ engloba outras hipóteses, como a decorrente de parentesco. Decerto, porém, coloquialmente, acaba-se por remeter a noção de concubinato às relações extraconjugais, que afrontam vínculo legitimado pelo estado e violam o pilar da monogamia²⁰.

Mas, seria a monogamia um dogma para o direito nacional?

3 O Suposto Princípio da Monogamia

Conforme adverte Maria Berenice Dias (2007, p. 58), não se trata a monogamia de princípio de índole constitucional, ao passo que a Constituição Federal não a contempla expressamente, e nem implicitamente. Admite a Constituição Federal, inclusive, a possibilidade de filhos fora das relações protegidas pelo Estado, com igualdade de direitos em relação aos filhos legítimos²¹. Tem-se na monogamia, ainda segundo a Professora Gaúcha, uma função ordenadora da família, sendo a unicongualidade imposição de ordem moral²².

Como vetor ordenador, percebe-se a presença do ideal monogâmico em várias passagens do direito.

Na família casamentária, inicialmente o legislador cível aborda o tema como um impedimento matrimonial. Assim, são impedidos de se casar aqueles que já são casados (art. 1521, VI). A afronta a este impedimento consiste em falta grave, apta a levar a nulificação do matrimônio, ao lado da incapacitação do agente para o ato²³. Ainda na seara do campo matrimonial, o adultério e a quebra do respeito mútuo²⁴ consistem em

¹⁹ Confira o art. 1521 do Digesto Civil, o qual relaciona os impedimentos matrimoniais

²⁰ Confere o trabalho um conceito mais amplo de concubinato, como entre pessoas impedidas de se casar. Todavia, costuma-se enxergar o concubinato como a relação entre amantes. Assim, afirma Rolf Madaleno (2008, p. 816) o concubinato “traduz uma união impura, representando ligação constante, duradoura e não eventual, na qual os partícipes guardam um impedimento para o matrimônio, por serem casados, ou pelo menos um deles manter íntegra a vida conjugal e continuar vivendo com seu cônjuge, enquanto ao mesmo tempo mantém um outro relacionamento, este de adultério, ou de amasiamento”.

²¹ Sabe-se que a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, este englobando os adúlteros, incestuosos e clérigos, não mais deve ser utilizada, em razão da igualdade entre os filhos independentemente de sua origem. Restou utilizado o signo no texto deste *paper* apenas como apto a esclarecer didaticamente a situação.

²² Este também é o entendimento esposado por Rolf Madaleno (2008, p. 816). Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 107) chega a afirmar que a monogamia não mais deve ser enxergada como mera norma moral, mas sim como um preceito básico e organizador das relações jurídicas das famílias brasileiras.

²³ Em verdade, o desrespeito aos impedimentos deve levar à nulidade do matrimônio, assim como a incapacidade do agente, conforme preleciona o art. 1.548 do Código Civil.

²⁴ Nessa linha, na ótica deste autor, desnecessário perquirir sobre a (des)necessidade de conjunção carnal para configuração do adultério no campo cível, ao passo que relações com terceiros, até mesmo virtuais, já são aptas a gerar grave violação ao deveres conjugais, pois desabonadoras do respeito mútuo.

grave violação aos deveres do casamento²⁵, a qual pode desembocar na insuportabilidade da vida em comum e na separação fundada em culpa²⁶.

Uma vez declarada separação fundada em culpa, mediante reconhecimento Judicial de que um dos cônjuges infringiu dever conjugal de maneira grave, o consorte culpado sofre algumas conseqüências, como, em regra, a perda do seu direito a alimentos²⁷ e a possibilidade de retirada de sobrenome do cônjuge inocente²⁸.

Na seara dos contratos, há vedação de doações de bens pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, sendo passível de anulação pelo consorte inocente, ou seus herdeiros necessários, no prazo de até dois anos contados da dissolução da sociedade conjugal²⁹. Diga-se que a aludida reivindicação dos bens comuns apenas será possível caso inexista separação de fato há mais de cinco anos, e não reste comprovado que tal bem foi fruto do esforço comum do adúltero com o concubino³⁰.

No terreno do direito sucessório, coadunando-se com a vedação pertinente à doação, proíbe o direito civil a nomeação do concubino como herdeiro ou legatário do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos³¹.

O objetivo da vedação ao ato de disposição testamentária, assim como de doação, é justamente proteger o patrimônio advindo da relação casamentária. Ressalvase, porém, que sempre é possível a deixa patrimonial ao filho comum do cônjuge

²⁵ Conforme posto no art. 1566 do Código Civil.

A doutrina aprofunda acerca desses deveres os desdobrando, abordado a *more uxório* e o débito conjugal decorrente da coabitação, e a assistência moral e material em conseqüência da assistência mútua.

Por conta do recorte temático conferido ao trabalho, infelizmente, não será possível aprofundar tais temas neste momento, sob pena de completa fuga ao problema proposto.

²⁶ Essa é a dicção dos arts. 1572, *caput*, e 1573, este último, inclusive, veiculando no seu parágrafo cláusula geral capaz de instrumentalizar violações graves a deveres matrimoniais não elencadas no rol exemplificativo codificado.

Diga-se que há relevante discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade da separação fundada em culpa, falando por todos a dissertação de mestrado do baiano Cristiano Chaves de Farias (2006).

²⁷ Excepcionalmente, o cônjuge declarado culpado pode ser credor de alimentos do inocente, caso não tenha parentes em condição de prestá-los e nem aptidão para o trabalho (art. 1704 do Código Civil). Malgrado consistir em norma que promove o direito à vida, verifica-se questionável afronta à eticidade, a qual é um dos pilares do direito civil.

²⁸ A referida perda relaciona-se ao patronímico acrescido no ato do casamento. Para que esta ocorra faz-se necessário pedido expresso do cônjuge inocente, declaração de culpa daquele que vai perder o sobrenome, e ainda a não ocorrência de uma das hipóteses enunciadas no rol de incisos do art. 1578 do CC: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

²⁹ Interessante questão colocada é acerca da qualidade do bem quando retorna ao patrimônio do cônjuge inocente ainda na constância do casamento. Consistiria na rara hipótese em que o cônjuge inocente ajuizou a ação para invalidar a doação, mas não tem interesse no término do relacionamento. Este bem passa a ser considerado com patrimônio exclusivo do cônjuge inocente, ou na hipótese de separação ou divórcio será objeto de meação como aquesto?

O tema não é regulado no Código Civil. Demais disto, a interpretação das sanções deve ser restritiva. Logo, não se sustenta a tese do retorno como patrimônio exclusivo. Todavia, de *lege ferenda*, como mudança legislativa, revela-se interessante o bem retornar como exclusivo do cônjuge inocente, à título de sanção pelo ato.

O art. 550 do Código Civil é o que regula o assunto.

³⁰ Sobre o tema, indica-se a leitura do art. 1.642 do Código Civil.

³¹ Sobre o tema, indica-se a leitura do art. 1.801 do Código Civil.

adúltero com o concubino, pautada no ideal de isonomia filial, previsto constitucionalmente³² e amparado explicitamente no Código Civil³³.

No tema alimentos, o Código Civil³⁴ ordena extinguir o direito a alimentos do credor que vier a ter relação concubinária. Ademais, o concubino não consta do rol de legitimados para o pleito de alimentos³⁵ e é proibido de figurar como beneficiário do seguro de vida do seu consorte (cônjuge adúltero)³⁶.

4 A Tutela das Relações Concubinárias: O que fazer com os concubinatos e as famílias paralelas?

É cristalina a distinção legislativa entre as ligações afetivas ditas estáveis e aquelas de concubinação, alvo de repúdio moral, social e normativo, apesar de certa aproximação entre os institutos por conta do requisito comum da estabilidade.

Malgrado essa perceptível diferenciação, conceituou o legislador o concubinato sem, curiosamente, perquirir sobre suas conseqüências. Ocorre que, faticamente, as relações extraconjugais persistem, muitas das vezes com estabilidade e afetos comprovados, demandando estudo pelos operadores do direito acerca de seus efeitos.

Conforme revelou pesquisa do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo, a traição é um fato social no Brasil. Aduz a pesquisa que tanto os homens como as mulheres traem, apesar daqueles ainda reinarem neste cenário. Observe a notícia colhida no site da Rede Globo:

As mulheres avançam, é verdade. Mas homens ainda reinam absolutos. A traição é em dobro: para cada mulher que trai, há dois homens sendo infiéis. Uma pesquisa do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo mostra que um dos índices menores é o do Paraná, mas é onde 43% dos homens já traíram. Em São Paulo, 44%. Em Minas Gerais, 52%. No Rio Grande do Sul, 60%. No Ceará, 61%. Mas os baianos são os campeões: 64% dos homens se dizem infiéis.

Dessa forma, assim como os tipos penais - adjetivados como ilícitos e cujas conseqüências são delimitadas pelo direito - o concubinato, considerado ilícito civil em diversas passagens da codificação, há de ter os seus efeitos devidamente individualizados. E é justamente neste ponto que reside grande controvérsia, a qual cresce em dificuldade de depuração em face da existência do pilar da monogamia.

Diante de tais fatos, em um esforço de sistematização, é possível verificar 3 (três) teses principais sobre os direitos da concubina, as quais coabitam os mais diversos pretórios nacionais.

4.1 Primeira Tese: A Negativa de Direitos à Concubina

32 Conforme posto no art. 227 da Constituição Federal.

33 Segundo o art. 1.803 do Código Civil

34 É a dicção do art. 1.708 do Código Civil.

35 Conforme a leitura do art. 1.694 do Código Civil

36 Segundo o art. 793 do Código Civil.

A primeira tese firma a noção segundo o qual vivemos um sistema monogâmico, sendo este um pilar impassível de ponderações. Em consequência, entende-se o concubinato não como uma entidade familiar, significando o art. 1727 do Código Civil como norma de exclusão.

Com forte raiz católica, e gozando grande prestígio em um primeiro período histórico no direito nacional, nega essa diretriz qualquer direito ao concubino conhecedor de sua condição³⁷. Este posicionamento ganha ainda mais fôlego mediante a observância, em uma análise sistemática do direito posto, das vedações postas ao concubinato no próprio Código de 2002, as quais já foram abordadas ao tratar do tema monogamia³⁸.

Tal linha mais conservadora já foi adotada, até mesmo, por um dos órgãos mais vanguardistas do país, conforme ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datada de 2005:

União Estável – Matrimônio Hígido – Concubinato – Relacionamento simultâneo. Embora a relação amorosa, é vasta a prova de que o varão não se desvinculou do lar matrimonial, permanecendo na companhia da esposa e familiares. Sendo o sistema monogâmico e não caracterizada a união putativa, o relacionamento lateral não gera qualquer tipo de direito. (TJRS, AP 70010075695)

4.2 Segunda Tese: Monetização do Afeto e Tratamento em Sede Obrigacional

Confere ao concubino, de forma pioneira, a oportunidade de titular direitos. Todavia, o faz na seara patrimonial, negando a tal figura *status* de entidade familiar. Aplica a tese da sociedade de fato no momento da dissolução do concubinato e revitalizando a Súmula 380 do STF³⁹, a qual fora editada ainda à época na qual o concubinato tinha significação ampla.

Impossibilita, portanto, equiparação do concubinato à união estável e suas consequências jurídicas, fundando-se na noção de que aquele é um ilícito civil em sede de direito das famílias, violador do paradigma da monogamia. Atribui-se ao afeto caráter patrimonial e monetário, dividindo-se o amor em cotas e desconsiderando-se por completo os momentos de carinho, dignidade e harmonia vivenciados pelos consortes. A divisão recai sobre o patrimônio amealhado como fruto do esforço comum (aquestos), em atenção ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e promoção do solidarismo⁴⁰. Sobre o tema, assevera o STJ⁴¹:

[...] admite o entendimento pretoriano a possibilidade de dissolução da sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado, situação, aliás, não impeditiva da aplicabilidade da súmula 380 do Supremo Tribunal

³⁷ Seguindo esta mesma linha, verifica o dito pelo Professor Paulo Lobô (2008, p. 165).

³⁸ Neste ponto, objetivando-se sistematização, opta-se pela não repetição de tais vedações, as quais, repisa-se, foram noticiadas no tópico relacionado ao concubinato.

³⁹ A referida súmula já foi tratada, transcrita e aprofundada neste *paper*.

⁴⁰ O Projeto de Lei 6960/02, o qual tem como escopo vasta alteração do Código Civil, pretende modificar a redação do art. 1727, passando a prever que, em havendo comprovação da sociedade de fato, se aplique ao concubinato as regras pertinentes ao contrato de sociedade, na trilha do entendimento esposado.

⁴¹ Conferir, no próprio STJ e no mesmo sentido o REsp 47.103-SP de 1995 e o REsp 229.069-SP, 2005.

Federal que, no entanto, reclama haja patrimônio, cuja partilha se busca, tenha sido adquirido pelo “esforço comum” (STJ, AC., 4 Turma, REsp 257115/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.06.04, DJU 04.10.04)

Ainda em clara monetarização do afeto, aliado à premissa de vedação ao enriquecimento sem causa de uma das partes, os adeptos desta corrente sustentam a possibilidade de deferimento de indenização à concubina por serviços domésticos prestados. O argumento ganha ainda mais força naquelas hipóteses em que não há aquestos aptos a ser dividido. Citam-se julgamentos do STJ sobre o tema⁴²:

São indenizáveis os serviços prestados pela concubina durante o período de vida em comum com seu amásio. (STJ, REsp 14.476-SP, 1991).

Concubinato – Relação extraconjugal mantida por longos anos – Vida em comum configurada ainda que não exclusivamente – Indenização por serviços domésticos. Pacífica é a orientação das Turmas da 2ª Seção do STJ no sentido de indenizar os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro durante o período de relação, direito que não é esvaziado pela dupla vida em comum, com a esposa e a companheira, por período superior a trinta anos. Pensão devida durante o período de concubinato até o óbito do concubino. (STJ, 4 T, REsp 303.604/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. DPJ 23.06.2003)

A tese vem sofrendo duras críticas doutrinárias⁴³, por ser demasiadamente patrimonialista. As vozes defensoras de mudança trazem à baila uma terceira via, a qual passa a ser enunciada e enfrentada.

4.3 Terceira Corrente: Efeitos Familiares às Relações Concubinárias

A geração de efeitos jurídicos familiares às relações concubinárias não vem sendo de todo descartada, sendo escutadas vozes defensoras da tutela familiar com base no princípio do pluralismo e defesa da dignidade da pessoa humana.

O concubinato é capaz de gerar grandes laços de afeto, dos quais decorrem filhos e patrimônio como frutos da sócioafetividade⁴⁴. Não reconhecer os efeitos familiares a tais entidades, lastreando seu posicionamento apenas sobre a sociedade de fato para fins obrigacionais, equivale, para aqueles que advogam esta idéia, negar dignidade aos entes desta família, levando a indevida exclusão jurídica.

Nessa ordem de idéias, o STJ, em 2005 e em um precedente baiano, já entendeu pelo fracionamento de valores oriundos de seguro de vida realizado por homem casado em favor da concubina, mitigando a vedação codificada. Segue a ementa⁴⁵:

Inobstante a regra protetora da família, consubstanciada nos arts. 1474, 1.177 e 248, IV, da lei substantiva civil, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o *de cujus*, a particular situação dos autos, que demonstra espécie de “bigamia”, em que o extinto mantinha-se ligado à família legítima e concubinária, tendo prole

⁴² Sobre o tema conferir também precedente, na mesma linha, da Casa Judicial Gaúcha, de 2005: TJRS, AP 70011093481.

⁴³ Nesse mesmo sentido, consultar Paulo Lobo (2008, p. 166) e Maria Berenice Dias (2007, p. 172).

⁴⁴ Na mesma linha conferir Maria Berenice Dias (2007, p. 161).

⁴⁵ Sobre o tema conferir ainda o precedente do Tribunal de Justiça Paranaense (TJPR, 4. C Cív. AC 115.277-6. Rel. Des. José Wanderley Resende. J. 03.04.2002).

concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se a melhor aplicação do direito. Recurso conhecido e provido em parte, para determinar o fracionamento, por igual, da indenização securitária. (STJ, 4 T, REsp 742685/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, J. 04.08.2005)

O STJ, em outro precedente baiano também datado de 2005, já decidiu pela possibilidade de partilha do benefício previdenciário entre a concubina e a esposa. *In verbis*:

Pensão previdenciária – Partilha da pensão entre viúva e concubina – Coexistência de vínculo conjugal e a não separação de fato da esposa – Concubinato impuro de longa duração – “Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo” – Possibilidade de geração de dioreitos e obrigações, máxime no plano de assistência social – Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 100888/BA, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, J. 04.08.2005)

Segundo seus defensores, seria o momento atual uma fase de rompimento - tentativa de superação de paradigmas - na qual o enquadramento dos efeitos das relações concubinárias transborda a seara do patrimônio e ingressa na familiar⁴⁶. A tese, malgrado sedutora, encontra graves obstáculos de ordem moral e jurídica: aquela é abalada quando o Estado chancela relações extraconjugais; e esta ao ir de encontro à estabilidade das relações afetivas legitimadas pelo direito.

Além disso, o ideal de que tal reconhecimento promoveria dignidade e proteção ao afeto é ao menos dúbio, pois poderia se perguntar dignidade e afeto de quem? Do concubino ou do esposo ou companheiro cuja relação é tutelada pelo direito e legitimada pelo Estado?

4.4 Predominância no STF e STJ: Qual a tese?

O STF, em 2008, vedou a divisão de pensão entre a esposa e concubina de um servidor público, por ser impossível o reconhecimento de famílias paralelas pelo direito. O posicionamento foi externado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 397.762, oriundo do Estado da Bahia e relatado pelo Ministro Marco Aurélio (Informativo Jurisprudencial de número 509). Transcreve-se a ementa:

RE N. 397.762-BA
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
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.

⁴⁶ Fazendo expressa menção a esta fase de rompimento, verificar julgamento da Casa Judicial Gaúcha relatado pelo Desembargador Luiz Felipe Brasil: TJRS. 7 C. Cív. AC 70003959640. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. J. 10.04.02.

Agora em 2009, com expressa menção ao supracitado julgamento de 2008, o STF manteve o mesmo entendimento. A notícia restou veiculada na análise do RE 590779/ES, relatado pelo Ministro Marco Aurélio (Informativo Jurisprudencial 535). Neste acórdão, o STF reformou decisão do Juizado Especial Federal de Vitória, afirmando a impossibilidade do rateio da pensão por morte entre o cônjuge supérstite e o concubino, por impossibilidade de configuração de famílias paralelas legitimadas pelo direito. Cita-se:

A Turma, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário no qual esposa questionava decisão de Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Vitória-ES, que determinara o rateio, com concubina, da pensão por morte do cônjuge, tendo em conta a estabilidade, publicidade e continuidade da união entre a recorrida e o falecido. Reiterou-se o entendimento firmado no RE 397762/BA (DJE de 12.9.2008) no sentido da impossibilidade de configuração de união estável quando um dos seus componentes é casado e vive matrimonialmente com o cônjuge, como na espécie. Ressaltou-se que, apesar de o Código Civil versar a união estável como núcleo familiar, excepciona a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. Concluiu-se, dessa forma, estar-se diante de concubinato (CC, art. 1.727) e não de união estável. Vencido o Min. Carlos Britto que, conferindo trato conceitual mais dilatado para a figura jurídica da família, desprovia o recurso ao fundamento de que, para a Constituição, não existe concubinato, mas companheirismo. (RE 590779/ES, rel. Min. Marco Aurélio, 10.2.2009. (RE-590779)

Neste último caso julgado pelo STF havia relação concubinária há mais de três décadas, estável e com filhos. Mesmo assim, manteve o órgão de cúpula entendimento no sentido de que a família protegida constitucionalmente é a matrimonial e companheira. Cumpre salientar que o Ministro Carlos Ayres Brito foi vencido, por entender que “se há um núcleo doméstico estabilizado no tempo é dever do Estado ampará-lo, como se entidade familiar o fosse”.

Não é diversa a linha seguida pelo STJ, trilhando também o entendimento segundo o qual não há direitos pertinentes às relações familiares entre os concubinos. Nesse ano, especificamente no mês de março, é possível encontrar dois julgamentos sobre o tema, cujas ementas restam transcritas abaixo:

PENSÃO POR MORTE. CONCUBINA.

A concubina mantinha com o *de cujus*, homem casado, um relacionamento que gerou filhos e uma convivência pública. Porém, a jurisprudência deste Superior Tribunal afirma que a existência de impedimento de um dos companheiros para se casar, como, por exemplo, a hipótese de a pessoa ser casada, mas não separada de fato ou judicialmente, obsta a constituição de união estável. Assim, na espécie, não tem a agravante direito à pensão previdenciária. A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo. Precedentes citados do STF: MS 21.449-SP, DJ 17/11/1995; do STJ: REsp 532.549-RS, DJ 20/6/2005, e REsp 684.407-RS, DJ 22/6/2005. AgRg no REsp 1.016.574-SC, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 3/3/2009.

CONCUBINATO. PENSÃO. MORTE.

A recorrida, por cerca de 28 anos, manteve com o segurado relação amorosa tida por adúltera (visto ser ele casado com outra mulher), situação que perdurou até a morte dele. Anote-se que não houve separação de fato durante o casamento (que durou 30 anos até o óbito), que sempre seguiu sem

nenhum transtorno ao desconhecer-se essa outra relação oculta, bem como o fato de que, ao mudar de cidade com a esposa e filhos, o *de cuius* preservou a relação adulterina ao providenciar, também, a remoção da recorrida para a nova cidade. Com o falecimento, a recorrida, ao alegar ter sempre vivido sob a dependência econômica do falecido, buscou receber, em rateio com os demais dependentes, a pensão previdenciária. Diante disso, o Min. Nilson Naves, Relator originário, ao repesar o teor das Súmulas ns. 380 e 382 do STF, bem como precedente do STJ, entendeu que o acórdão ora recorrido, diante dos fatos acima descritos, adotou a melhor solução: proteger a boa-fé da concubina resultante da longa relação, sem ofender as Leis ns. 8.213/1991 e 9.278/1996, que sequer foram expressamente tratadas no acórdão recorrido. Sucede que, mediante o voto de desempate do Min. Paulo Gallotti, prevaleceu o entendimento adotado pelo Min. Hamilton Carvalhido, que, após resgatar a evolução da legislação sobre o tema, firmou que o concubinato impuro, concubinagem ou concubinato adulterino (simultâneo à relação de casamento) mantém-se à margem da legislação previdenciária. De acordo com esse entendimento, a proteção da lei submete-se ao reconhecimento da união estável, que exige, tal como apregoado pela jurisprudência, que ambos (segurado e companheira) sejam solteiros, separados de fato ou judicialmente, divorciados ou viúvos, além de conviverem em uma entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto. Assim, estão excluídas as situações de concomitância, de simultaneidade de relação marital e de concubinato, como a da hipótese em questão. Precedentes citados: REsp 362.743-PB, DJ 11/10/2004, e AgRg no REsp 628.937-RJ, DJ 27/3/2006. REsp 674.176-PE, Rel. originário Min. Nilson Naves, Rel. para acórdão Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 17/3/2009.

Observa-se que em ambas as situações a relação paralela àquela legitimada pelo Estado já subsistia há mais de duas décadas e, ainda assim, foi entendido que não haveria de se conceder efeitos familiares a tais enlaces.

Ressalta-se, porém, que a negativa é de conferir efeitos familiares às relações concubinárias, sendo plenamente possível a atribuição de efeitos patrimoniais nos moldes da sociedade de fato e consoante a súmula 380 do STF, como já posto neste trabalho⁴⁷.

Explicitada as três teses existentes no direito nacional, recheada dos seus argumentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como visto o posicionamento dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, avança o artigo a sua fase propositiva, com contributo sobre quais os nortes a serem seguidos pelos operadores do direito no que diz respeito a este tema.

5. Novos Rumos: Relação Obrigacional ou Familiar?

Em uma linha construtivista, defende esta produção acadêmica que os efeitos obrigacionais das relações concubinárias sempre devem existir, ao passo que a vedação ao enriquecimento sem causa impõe a divisão do patrimônio comum amealhado pelas partes no decorrer dessa relação, ainda que espúria. Alinha-se em coro este *paper*, portanto, com aqueles que revitalizam os efeitos da Súmula 380 do STF e atribuem à relação de concubinato as decorrências relativas à sociedade de fato.

⁴⁷ Como o tema já foi tratado neste *paper*, por razões de ordem didática, não será novamente debatido.

Tal posicionamento funda-se no ideal de que, em regra, não é possível o reconhecimento familiar de união paralela àquela legitimada pelo ente estatal, até mesmo em atenção à necessidade de estabilizar as relações sociais.

Não há aqui qualquer alusão à necessidade de observância do catolicismo ou influências morais extremas. O que existe é o cuidado com a estabilidade das relações jurídicas, as quais devem ser tuteladas e blindadas para que cumpram o seu devido papel.

Demais disto, não se defende a necessidade de atribuição dos efeitos familiares a tais enlances, por tutela a dignidade da pessoa humana e proteção ao afeto. Isto porque se entende, na ponderação de interesses, tão importante ou mais importante quanto a dignidade do amante e seu afeto, a dignidade e afeto do companheiro ou esposo, cuja relação é legitimada pelo Estado.

Essa noção, porém, não é absoluta, como qualquer ideal em direito. É possível a mitigação a partir das especiais condições do caso concreto, ao passo que as relações afetivas humanas envolvem, conforme noticiado no intróito, as infinitas complexidades e subjetividades. Assim, há ao menos duas situações em que já se pode, *a priori*, falar-se em direitos de família à amásia.

5.1 A União Estável Putativa

No vigente Código Civil verifica-se a possibilidade do casamento putativo: matrimônio inválido cujos efeitos são resguardados para o cônjuge e filhos, desde que estejam de boa fé⁴⁸.

Malgrado o dispositivo versando sobre o casamento putativo, não há no Código Civil artigo dedicado a união estável putativa, na qual há um terceiro desconhecedor de sua condição de amante. A questão que se coloca é justamente saber se o terceiro de boa-fé, que imagina estar em união estável por ser desconhecedor dos seus impedimentos, poderia ser contemplado com direitos decorrentes de uma união estável (putativa)?

Seguindo o sistema codificado que, pautado na ética, conflui para a necessidade de tutela ao terceiro de boa-fé, a resposta positiva se impõe. Soma-se a isto o fato de que na união estável putativa há de falar-se em vício de consentimento a atingir o terceiro, seja decorrente de erro seu, ou até mesmo dolo da outra parte, ao passo que este terceiro é desconhecedor de sua real condição.

A defesa do terceiro de boa-fé na união estável encontra acolhimento no Brasil na doutrina de Rolf Madaleno (2008, p. 819), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvad (2008, p. 399). Também há jurisprudência acolhendo essa linha de raciocínio, como demonstram as ementas abaixo transcritas do Tribunal de Justiça Gaúcho e Carioca⁴⁹:

⁴⁸ Indica-se a leitura do art. 1.561 do Código Civil.

⁴⁹ Ainda sobre o tema, confira os seguintes precedents gaúchos: AP 70015693476, 8 Câmara Cível do TJ/RS, Rel. Min. Rui Portanova; TJRS, 7 C. Cív. AC 70016969552. Rel. Des. Maria Berenice Dias. J. 06.12.2006; AP 7006046122, 8 Câmara Cível do TJ/RS, Rel. Min. Rui Portanova; TJRS, 4 C. Cív. EI 7001770962. Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda. J. 09.03.2007 e AP 2008.0001.18825, TJ/RJ, Relator: Des. André Andrade.

UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE. DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. DESCABIMENTO.

1. Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos a fatos supervenientes. Inteligência do art. 397 do CPC.

2. Tendo o relacionamento perdurado até o falecimento do varão e se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e interesses, resta indubitosa o *affectio maritalis*.

3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o *de cujus*, é cabível o reconhecimento da união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré. Recurso Provido.

(Apelação Cível n 70025094707, 7 Câmara Cível do TJ/RS. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/10/2008)

Ação de alimentos. Face à indubitosa situação de dependência financeira, mostra-se adequada a fixação de alimentos em favor da concubina, mesmo quando seu companheiro encontra-se casado. Configuração de situação análoga à união estável, que merece proteção estatal, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana. O direito não há de proteger aquele que se vale de situação à margem da lei, a qual deu causa, em detrimento da parte adversa. Recurso provido em parte, por maioria, vencido o revisor. (TJRS, 8 C. Cív., AI 70010698074, Rel. Des. Catarina Rita Krieger Martins, J. 07.04.2005).

Todavia, apesar dos precedentes supracitados, o STJ vem asseverando entendimento contrário, não reconhecendo efeitos familiares em tais situações; *in verbis*:

União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes.

Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96.

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

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 789.293/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.02.2006, DJ 20.03.2006 p. 271)

5.2 O Concubinato Consentido

Outra situação na qual resta cristalizada a figura do terceiro de boa-fé, não ofensor da relação legitimada pelo Estado, é quando se verifica um triângulo amoroso no qual todos partícipes assentem com os relacionamentos múltiplos. Há um triângulo, quarteto, quinteto, sexteto... enfim, uma relação amorosa plural na qual todos consentem previamente.

Neste caso, defende-se que não cabe ao Estado interferir, ao passo que consiste em relação de índole meramente privada, que deve ser guiada pela autonomia negocial, principalmente por ser o Estado laico e não consistir a monogamia em princípio constitucional. Nessa senda, devem ser reconhecidas as uniões estáveis paralelas, como já externou Tribunal de Justiça Gaúcho:

A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça reconheceu que um cidadão viveu duas uniões afetivas: com a sua esposa e com uma companheira. Assim, decidiram repartir 50% do patrimônio imóvel, adquirido no período do concubinato, entre as duas. A outra metade ficará, dentro da normalidade, com os filhos. A decisão é inédita na Justiça gaúcha e resultou da análise das especificidades do caso.

A companheira entrou na Justiça com Ação Ordinária de Partilha de Bens contra a esposa e filho do falecido.

Alegou que manteve relacionamento público e notório com ele entre 1970 e 1998.

O relator, Desembargador Rui Portanova, concedeu apenas em parte o pedido da autora pois “não há como retirar dos filhos o direito de herança ou totalmente da esposa o seu direito de meação”. Assim, declarou que a companheira tem direito a 25% do patrimônio imóvel adquirido pelo falecido durante a existência do concubinato.

A companheira vivia em Santana do Livramento e também teve um filho com o cidadão. Já a família legalizada vivia em São Gabriel. Para o magistrado, apesar de não se aplicar o novo Código Civil diretamente, a situação é prevista no artigo 1.727. Para ele, o novo Código Civil não proibiu o concubinato. “Agora é possível dizer que o novo sistema do direito de família se assenta em três institutos: um, preferencial e longamente tratado, o casamento; outro, reconhecido e sinteticamente previsto, a união estável; e um terceiro, residual, aberto às apreciações caso a caso, o concubinato”, afirmou.

Para o Desembargador Portanova, “a experiência tem demonstrado que os casos de concubinato apresentam uma série infindável de peculiaridades possíveis”. Avaliou que se pode estar diante da situação em que o trio de concubino esteja perfeitamente de acordo com a vida a três. No caso, houve uma relação “não eventual” contínua e pública, que durou 28 anos, inclusive com prole, observou.

“Tal era o elo entre a companheira e o falecido que a esposa e o filho do casamento sequer negam os fatos – pelo contrário, confirmam; é quase um concubinato consentido.”

O Desembargador José Ataides Siqueira Trindade acompanhou as conclusões do relator, ressaltando a singularidade do caso concreto: “Não resta a menor dúvida que é um caso que foge completamente daqueles parâmetros de normalidade e apresenta particularidades específicas, que deve merecer do julgador tratamento especial”.

Já o Desembargador Alfredo Guilherme Englert, que presidiu a sessão ocorrida em 27/2, acompanhou também, nas conclusões, o relator.

C.D.S.

A tendência, porém, também neste campo, é a negativa do STJ e STF, por carregar o entendimento supracitado na união estável putativa.

6. Em busca de Conclusões

O estado da técnica acerca do assunto já restou posto neste trabalho. A cada idéia lançada, e revisão de referencial teórico realizada, já foram deslindadas as conclusões e pensamentos deste autor sobre o assunto. Para o fechamento, portanto, ficou uma tentativa de proposição acerca dos rumos que devem ser tomados sobre este controvertido problema.

A pós-modernidade, como afirma Boaventura de Sousa Santos (2003), consiste no atual estágio sócio-evolutivo. Observa-se, como noticia Luis Roberto Barroso (2006), a fase do pós tudo: pós-revolução industrial, pós-freud, pós-marxismo... na qual

a sociedade sabe vivenciar o pós, mas ainda não consegue delinear o que veio nesse depois. A era é de incertezas, conforme anuncia John Kenneth Galbraith (1988).

O capitalismo tenta continuar a se remodelar para perpetuar-se como o motor que conduz a sociedade, enquanto valores solidários e não liberais ganham mais fôlego. O racionalismo, por si só, nas palavras de Cláudia Lima Marques (2006), torna-se um vazio teórico. Questiona-se o modelo de organização estatal, com os blocos continentais. Os valores mudam. Os pensadores Europeus remetem a um momento de rompimento.

O mais estranho é que quanto mais a sociedade parece integrar-se, mais as relações tornam-se efêmeras. O ser humano, malgrado conectado ao resto do mundo pela Internet, encontra-se isolado no seu lar, trancado no seu quarto, na madrugada e em frente a um computador. A pós-modernidade é contraditória, pois ao mesmo tempo em que une, afasta, e a crise de tempo um cruel molde das relações sociais.

A família não passa incólume a tais mudanças. A geração *fast food* instituiu o *fast love*, pautado em um consumismo de massa, desprestigiando o amor e elevando a massificação. Os relacionamentos são informais, multiplicados e efêmeros, sendo mais difíceis as conseqüências jurídicas. Não se prestigia a qualidade, mas sim a quantidade.

A adaptação a este fenômeno demanda alterações na então defasada normatização. O direito, vindo a reboque do fato social, necessita ser alterado. A sociedade clama por mudanças... Mas deve-se mudar de qual forma?

As mudanças não devem significar o desapego a valores fundamentais, em total desrespeito a uma ética da situação e valorização de relações ilícitas. A família pluralizou-se. Isto, hodiernamente, é um dado fático. Tal situação, porém, não deve conduzir a promiscuidade no reconhecimento dos vínculos familiares, principalmente àqueles atentatórios às realidades estatais legitimadas. O desejo de mudança não significa desapego a valores éticos, os quais refletem o motor de reconhecimento das entidades familiares.

Nessa senda, a conferência de *status* familiar ao concubinato deve ser vista com bastante cuidado, em hipóteses pontuais, a exemplo daquela na qual há um terceiro de boa-fé, ou ainda em virtude de consentimento prévio dos seus partícipes. As hipóteses são de exceção por ser, ainda hoje, a ética da situação na sociedade brasileira a de uma família monogâmica. Isso não quer significar que a monogamia é um princípio estatal cogente. Quer significar, porém, que, por uma questão cultural, àqueles que se envolvem em relacionamentos esperam a exclusividade, demandando a sua inobservância leal a necessidade de informação.

Preserva-se, todavia, às relações de concubinato ofensoras ao direito, os efeitos obrigacionais, revitalizando-se a súmula 380 do STF e possibilitando-se a divisão do patrimônio nos moldes da sociedade de fato. Isso não significa reduzir o amor a cotas, patrimonializando o afeto. Igualmente não traduz desrespeito à ética, dignidade da pessoa humana ou pluralismo familiar. Ao revés, é a manutenção do sistema, em promoção da ética, dignidade e afeto das famílias legitimadas.

Resta, agora, esperar o futuro. Verificar se a geração *fast food* irá desnaturar o afeto e contemplar o *fast love*, legitimando e conferindo moldura de entidade familiar a relacionamentos ofensivos, atentatórios à ética e dignidade das indestrutíveis pontes afetivas...

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro. In DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, v.2, 2004.

_____. **Estatuto da Família de Fato**. São Paulo: Atlas, 2 ed, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. 2002. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>>. Acesso em: 24 maio 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 6ªed., 2004

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 6ªed, 2002.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós positivismo). In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional**: A afirmação da dignidade da pessoa humana como réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

_____. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____. **Direito das Famílias**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GALBRAITH, John Kenneth (1977). *A era da incerteza*. São Paulo: Editora Pioneira, 1988, 8ª edição.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de Família Brasileiro**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

_____. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizada: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, nº 12:40-55, jan/mar, 2002.

_____. **Famílias**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2052>>. Acesso em: 07 fev. 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. In: **Jus Navigandi**. ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: www.jus2.uol.com.br. Acesso em: 06.nov.2006.

REPORTER, GLOBO. Mapa Brasileiro dos Relacionamentos. **Rede Globo**. Disponível em: http://globoreporter.globo.com/TVGlobo/Jornalismo/Semanal/globoreporter/CDA/ops/tvg_cmp_globoreporter_imprimir/0,20212,16395-4-265921,00.html. Acesso em: 09.07.09.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Pela Mão de Alice**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

STOLZE, Pablo. Contrato de Namoro. In: **Juspodivm**. 2005. Disponível em http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_225.html. Acesso em: 08.07.09.