

O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DO CONCUBINO E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO E PREVIDENCIÁRIO.

Edvânia Juliana Nepomuceno¹

Marcel Frederico Vale¹

Daniel Albergaria Silva²

Erika Tayer Lasmar³

RESUMO

O presente artigo discute o reconhecimento dos direitos do concubino e suas repercussões no direito sucessório e previdenciário, demonstrando a evolução do conceito de família dentro do ordenamento jurídico e social e a intervenção do Estado. Nesta esteira, o casamento e a união estável possuem amparo jurídico, porém o concubinato é deixado às margens, havendo barreiras a qualquer forma de direito a estes. Pautando em diretrizes históricas, os bons costumes e a moral enfatizam o conceito monogâmico, enquanto o Estado extrapola na intervenção das relações privadas e na autonomia. Desta forma, a inobservância de algo que sempre aconteceu, acontece e que vai acontecer reafirma o descompasso legislativo com a evolução social, ao passo em que o afeto e o amor direcionam as relações atuais. Logo, o artigo dialoga com a metodologia qualitativa, um procedimento bibliográfico pautando em ideias doutrinárias visando evidenciar a problemática abordada, utilizando como consulta fontes primárias e secundárias, bem como a legislação brasileira, livros e artigos científicos. Em sendo assim, partindo-se da hipótese que o não reconhecimento fere ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como reforça o enriquecimento sem causa, além de beneficiar justamente quem infringiu ao dever de fidelidade. Logo, deu-se especial ênfase ao concubinato impuro de má-fé o qual sob a ótica doutrinária e jurisprudencial vêm sendo reconhecida o seu direito, porém a legislação continua omissa ao fato o que refletiu em dois recursos Extraordinários que estão em pauta para serem julgados com status de repercussão geral.

PALAVRA- CHAVE: concubinato; união estável; Constituição; Código Civil.

INTRODUÇÃO:

A sociedade vem passando por profundas transformações ao longo da história. Em meio a essas transformações, observa-se que o instituto da família vem se destacando, obrigando os operadores do Direito a levantar questões nunca antes admitidas.

¹ Discentes do Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves

² Doutor em Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil (2016). Docente Ensino Superior do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves, Brasil

³ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Brasil (2017). Docente Ensino Superior do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves, Brasil

As primeiras Constituições pátrias sequer faziam em seus textos referências à palavra “família”. Entretanto, as instituições familiares encontram-se hoje sob a égide da proteção estatal, firmando-se como um dos pilares da sociedade contemporânea, tendo reconhecidas as suas diversidades, em que pese a dificuldade de alguns setores conservadores da sociedade em abandonar antigos pré-conceitos.

Pré-conceitos estes, que ainda dificultam o reconhecimento de modelos de famílias não convencionais, a exemplo do concubinato, que é tratado no nosso Código Civil, em seu artigo 1.727, como sendo as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar.

O concubinato, historicamente, carrega o fardo de ser considerado por muitos como uma relação conjugal adúltera, que afronta o caráter monogâmico da nossa Constituição Federal. Contudo, em sua essência, trata-se também de uma união familiar, que gera efeitos afetivos e patrimoniais.

Nessa vereda, aspectos sensíveis da comunhão familiar concubinária acabam sendo prejudicados, a exemplo das questões sucessórias e previdenciárias. Muito se tem discutido a respeito do reconhecimento dos direitos dos concubinos e suas repercussões no Direito Sucessório e Previdenciário.

Nessa perspectiva, percebe-se a necessidade de demonstrar as inúmeras posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, além de demonstrar como o Poder Judiciário tem decidido essas questões.

Relevante se faz o tema proposto, tendo em vista que as relações concubinárias são formadas por pessoas com animus de constituir família, mas, por serem impedidas de formalizar a sua união por força de lei, ficam desguarnecidas patrimonialmente na falta dos seus parceiros, os quais, em muitas situações, garantiam o sustento do lar.

O presente trabalho parte da hipótese de que, ao reconhecer concubinato como entidade familiar geradora de direitos e obrigações, constituídas em bases legais e afetivas, poderá o Estado-juiz garantir aos concubinos o êxito na busca de seus direitos sucessórios e previdenciários, sob a égide dos mesmos princípios constitucionais incidentes sobre o casamento e a união estável.

Assim, para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se uma pesquisa qualitativa, partindo de uma revisão bibliográfica composta por importantes autores, juristas e estudiosos da área. Foram consultadas fontes primárias e secundárias, tais como livros e a própria legislação pátria,

especialmente aquela voltada para o Direito de Família, somados a artigos publicados em sites especializados, reconhecidos no meio jurídico.

Para tanto, foram delineados objetivos específicos, contendo elementos históricos, doutrinários e jurisprudenciais, com o intuito de construir uma narrativa que permita ao leitor um melhor entendimento do tema.

Primeiramente, aborda-se de forma breve a evolução da família no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando a importância conferida à família pelos textos constitucionais e pelas leis infraconstitucionais ao longo dos últimos anos.

Em seguida, demonstra-se como vem se dando a intervenção estatal na família, analisando as mudanças de seu posicionamento enquanto gestor familiar, quando abre mão de suas prerrogativas legais para conferir mais liberdade às constituições familiares.

Dando prosseguimento, algumas formas de união familiar são abordadas, dando ênfase ao instituto do concubinato, de forma a apresentar as suas diferentes formas e diferenciá-lo do casamento e da união estável.

Caracterizado o instituto do concubinato, em seguida, apontam-se as situações em que se fazem necessários o reconhecimento sucessório e previdenciário dos concubinos, levando em consideração aspectos legais, princípios constitucionais e laços afetivos.

Por fim, demonstra-se como o poder judiciário vem decidindo as demandas envolvendo os direitos sucessórios e previdenciários dos concubinos, a despeito da inércia legislativa.

Apesar da inércia dos legisladores, os tribunais vêm reconhecendo os direitos dos concubinos nas relações sucessórias e nas questões previdenciárias. Em consonância com a doutrina majoritária, vem prevalecendo nas decisões judiciais o entendimento no qual os relacionamentos conjugais, protagonizados por pessoas com intenção de constituir família e patrimônio comum, porém, impedidas de casar, devem receber o devido amparo estatal, sob pena de violação de alguns princípios constitucionais, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A evolução histórica da família no ordenamento jurídico brasileiro

As primeiras Constituições Brasileiras não deram a devida atenção à família em seus textos. A primeira, de 1824, sequer fez referência à família em particular. A segunda apenas inseriu o reconhecimento do casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir uma família.

Desse momento em diante, a família passou a ser tratada como uma instituição voltada para o casamento, excluindo do âmbito jurídico qualquer vínculo de origem afetiva que pudesse transformar a união de pessoas em comunhão de vidas e enlace patrimonial.

Mais adiante, o Código Civil de 1916 veio a abordar o tema família e o casamento civil entre homem e mulher de forma mais abrangente, mas ainda carregava consigo impedimentos matrimoniais baseados em resquícios de valores morais advindos da Idade Média.

De acordo com Bittar, o conceito dado à família, na ótica do Código de 1916, caracterizava-a como sendo pessoas que possuam uma relação de consanguinidade, sendo nesse preceito envolvido todos aqueles que apresentam a mesma genética. (BITTAR, 1993).

Silva esclarece também que “a família do Código Civil de 1916 era uma família transpessoal, hierarquizada e patriarcal.” Nesta linha, existiu o agrupamento de princípios morais, especificamente no direito que envolve a família, disponibilizando teor jurídico. (SILVA, 2002, p. 450-451).

Dessa forma, Gomes entende que o Código Civil se conserva fiel as tradições, bem como ao estado social, mantendo a qualidade de indissolúvel da união, o regime de comunhão universal, além da sua legitimidade. (GOMES, 2003)

No advento da Constituição Federal de 1988, a família finalmente tem o seu devido reconhecimento, sendo elevada, em seu artigo 226, à base da sociedade, com especial proteção do Estado. O novo texto constitucional provocou verdadeira revolução no Direito de Família, ao reconhecer a proteção estatal à novos conceitos de família, tais quais a união estável e a família monoparental.

Por fim, apesar do Direito de Família estar sujeito às constantes modificações da sociedade, em velocidade superior às alterações legislativas, pode-se dizer que Constituição Federal de 1988 apresenta-se como marco maior na defesa da família, colocando-se como norteadora das normas infraconstitucionais.

A intervenção do Estado na família

A atuação estatal no Brasil tem por princípio garantir uma coexistência pacífica entre os seus, recorrendo, se preciso for, ao uso de medidas interventivas, reprimidoras e disciplinadoras, que garantam a estabilidade e a longevidade das normas preestabelecidas. Todavia, esse poder estatal, por toda a sua dominância, costuma provocar efeitos reversos ao

que deveria proporcionar, em especial quando excede alguns limites que deveria respeitar, nas esferas públicas e privadas.

A gestão familiar promovida pelo Estado é muito importante quando atua como colaborador dos gestores familiares, disponibilizando serviços gratuitos voltados para a saúde e educação. Assim como são indispensáveis os seus programas sociais criados por políticas públicas voltadas para áreas de atuação específica, como moradia, erradicação da fome e da pobreza extrema, lazer etc.

Todavia, quando tenta manter o controle sobre as relações familiares, acaba por ultrapassar os limites de sua atuação. Silvio Rodrigues considera esse respaldo estatal uma forma de interferir nas relações familiares:

“... a família constitui a base de toda a estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social. De sorte que o Estado, na preservação de sua própria sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais. Daí a interferência, por vezes até exagerada, do Estado nas relações familiares.” (RODRIGUES, 2004, p.5)

Não que o Estado deva dispor do seu poder de reger as instituições familiares, mas a sua atuação deve ser limitada quando invade as liberdades individuais, devendo respeito às opiniões e decisões de cada um, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Fica demonstrado que a administração pública se encontra vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, onde está possui o dever de protegê-la e respeitá-la, ora, isso fica é facilmente visto quando o Estado tem por obrigação abster-se de interferências da vida pessoal do cidadão que sejam contrárias à dignidade pessoal, mas que tem o dever de proteger a dignidade pessoal de todos os indivíduos de ingerências ou agressões oriundas de terceiros e do próprio Estado (SARLET, 2000, p.89).

Essa discussão trouxe para o campo do direito de família um paradoxo. Ao mesmo tempo em que o direito de família tutela valores fundamentais e existenciais condizentes com a noção de ordem pública, na contemporaneidade, toma corpo o campo da autonomia privada nas relações familiares.

Nessa esteira, acresceu o conceito de Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família, no qual o Estado passa a delegar ao indivíduo a administração das relações familiares, interferindo somente em situações revestidas de vulnerabilidade, que envolvam crianças, adolescentes ou idosos.

O artigo 1.513 do Código Civil de 2002 vem consagrar esse princípio:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Referido artigo trata do livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou mesmo união estável, sem qualquer ingerência, imposição ou mesmo restrições da pessoa jurídica de direito público ou privado.

Outra mudança significativa observada no Direito de Família diz respeito à importância atribuída ao afeto, que é um relevante aspecto nos relacionamentos. A afetividade tornou-se protagonista nas decisões judiciais envolvendo o direito de família, e passou a ter valor jurídico, sendo alçada à condição de princípio.

Por fim, em que pese ainda sejam presenciadas decisões do juiz-estado baseadas em valores morais, o Estado vem percebendo que as normas de direito de família se mostram insuficientes para resolver os conflitos amorosos atuais, aqueles de difícil delimitação, e vem solidificando o entendimento de que a dignidade da pessoa humana pressupõe a compreensão e o respeito ao desejo individual, ainda que este seja o de constituir uma família fora dos padrões convencionais.

Casamento, união estável, e concubinato

Em relação a união estável, esta foi reconhecida expressamente no Código Civil de 2002, assegurando direitos os companheiros/conviventes, isto é, “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” (CÓDIGO CIVIL , 2002, Artigo 1.723).

Outrossim, tal entidade já havia sido mencionado em lei, isto é, a lei nº 8.971 de 1994 e a lei nº 9.278 de 1996, porém limitavam o instituto da União estável a requisitos. Nesse sentido, a Lei nº 8.971 de 1994, atribuía o reconhecimento da União estável a um lapso temporal o que se mostra incongruente pois o tempo não defini a estabilidade de uma relação.

Lei nº 8.971 de 1994: Art. 1º. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1989 (Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências.), enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.(LEI Nº 8.971 ,1994, Artigo 1º)

Já segundo a Lei nº 9.278 de 1996, Artigo 1º, “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituir uma família”, sendo o entendimento mais próximo do atual.

Desta forma, a entidade União Estável, bem como o casamento, são situações legítimas, asseguradas pela legislação, não havendo impedimentos ao relacionamento.

Lado outro, está o Concubinato, com prevê o Código Civil de 2002, Artigo 1.727, “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”, sendo um ato de traição conjugal, no qual às escuras um homem ou mulher já casado ou vive em união estável, contraem novo relacionamento.

Nesse sentido, de acordo com a doutrina atual:

A expressão concubinato é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade, também conhecido como adúltero. Configura-se, segundo o novo código civil, quando ocorrem “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”. (Laragnoit, 2015, apud. GONÇALVES, 2013, p.609).

Antigamente, existiam o Concubinato puro e impuro, isto é, o concubinato puro era a “relação amorosa entre duas pessoas desimpedidas que viviam como se casadas fossem, constituindo uma família...” (PEREIRA, 2015, p. 178), o que foi substituído pela expressão União estável na Constituição Federal de 1988.

Já o concubinato impuro “é a união estável que se estabelece paralelamente ao casamento ou à(s) outra(s) união(ões) estável(eis). É o concubinato propriamente dito, tal como a lei assim o denominou” (PEREIRA, 2015, p. 177), Art. 1.727 do Código Civil de 2002, mencionado acima.

Reconhecer ou não o direito aos concubinos

O concubinato impuro seria o concubinato adúltero, haja vista a união de duas pessoas concomitantemente ao casamento de um deles, o que afronta diretamente ao aspecto monogâmico, pairado sobre as relações familiares no Direito brasileiro.

Entretanto, o não reconhecimento da relação adúltera permite o enriquecimento ilícito do infiel, bem como a sua isenção de responsabilidade com o outro, como aponta o autor:

(...) pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relações, simplesmente deixar de prestar efeitos jurídicos a um ou, pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel. (Filho, 2015, apud. DIAS, 2013, p.164).

Noutro giro, vale lembrar que diante do concubinato adúltero, na hipótese de um dos companheiros ser civilmente casado com outrem e estar separado de fato a mais de dois

anos, não restará configurado o concubinato adulterino, pois, a separação de fato por mais de dois anos resta desfeita a sociedade conjugal, apesar de não ter havido a dissolução oficial do vínculo matrimonial.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002, Artigo 1.580, § 2º prevê “O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Sobre outra perspectiva, percebemos que dentro do conceito concubinato encontra-se uma subdivisão doutrinária, isto é, o concubinato de boa-fé e de má-fé.

O concubinato de boa-fé seria a união estável putativa, na qual uma das partes ignora a outra relação, confiando ser o seu relacionamento único, sem perceber que a outra parte já vive um relacionamento, seja um casamento ou uma união estável anterior ao seu.

Nesse sentido, a relação posterior deve ser pública, estável, contínua e com ânimo de constituir família, para que assim sejam reconhecidos os seus efeitos de união.

Lado outro, existe o concubinato de má-fé, no qual o concubino tem conhecimento da relação anteriormente estabelecida por seu parceiro, o que o deixa desprotegido frente a visão conservadora e monogamia do ordenamento Jurídico.

(...) o fundamento de que o sistema monogâmico é a forma eleita pelo Estado para a estruturação da família, a ponto de a bigamia figurar como delito sujeito a sanções penais, tende a jurisprudência em não aceitar que mais de um relacionamento logre inserção no mundo jurídico. (DIAS, 2010, p.2).

Em sendo assim, são condenados à invisibilidade jurídica e social, ferindo ao princípio da dignidade da pessoa humana, da menor intervenção estatal e da autonomia privada, contrapondo a sociedade contemporânea, que avança a passos largos, onde o contexto social das relações amorosas é guiado e ditado pelo afeto, amor e liberdade.

Segundo DIAS (2010, p.1), “Nesse panorama não mais cabe deixar de extrair efeitos jurídicos de um fato que existe, sempre existiu, mas que a justiça se nega a reconhecer vínculos afetivos mantidos de forma concomitante”, ou seja, a lei coloca empecilhos aos relacionamentos concubinários, e impede qualquer caminho que possa ser utilizado para efeito patrimonial”.

Logo, temos o Código Civil de 2002, Artigo 550 “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.”

No mesmo sentido é o teor do inciso V do Artigo 1.642 do Código Civil de 2012, que dispõe:

(...) V – reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos. (LEI Nº 10.406, 2012, inciso V do Artigo 1.642).

Da mesma forma, o artigo 1.801, inciso III do Código Civil de 2002 veda a nomeação de concubino como herdeiro ou legatário, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do conjugue há mais de cinco anos.

Nesse sentido, a doutrina ainda ratifica:

Tais normas têm o escopo de evitar o desfalque do patrimônio do cônjuge enganado em detrimento do relacionamento concubinário de seu consorte. Assim, qualquer doação que um concubino fizer ao outro, de qualquer bem, poderá ser anulada pelo cônjuge traído ou seus descendentes. (Cerqueira, 2018, apud. DINIZ, s/d, p.390).

Entretanto, “A intervenção do estado no âmbito da família, porém, deve se dar apenas no sentido de proteção, nos previstos termos da Constituição Federal, não em uma perspectiva de exclusão” (DIAS, 2010, p. 2), isto é, a Justiça deve “(...) “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”,(Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Preâmbulo).

Nessa esteira, como expõem a fervorosa defensora do reconhecimento das famílias paralelas, bem como os julgados recentes, a realidade social, o afeto e amor devem ser priorizados.

Negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, que duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade. Com isso a justiça acaba cometendo enormes injustiças. Mas não é esse sentido que vem se inclinando a doutrina e decidindo a jurisprudência. Ao contrário do que dizem muitos – e do que tenta dizer a lei (CC 1.727) -, o concubinato adulterino importa, sim, pata o direito. (...) São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes tem filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes. (Cerqueira, 2011, apud. DIAS, s/d, p. 51)

DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva - pública, contínua e duradoura - um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram,

criaram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. (TJMG - Apelação Cível 1.0017.05.016882-6/003, Relator(a): Des.(a) Maria Elza , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/11/2008, publicação da súmula em 10/12/2008)

O reconhecimento ou não ao direito aos concubinos tem ligação direta ao requisito subjetivo, boa-fé e má-fé, ditando as relações familiares, impondo a moral e bons costumes:

(...) concubinato adúlterino puro ou de boa-fé e concubinato adúlterino impuro ou de má-fé. A diferença centra-se exclusivamente no fato de a mulher ter ou não ciência de que o parceiro se mantém no estado de casado ou tem outra relação concomitante. Assim, e ainda segundo esta corrente que vem se fortalecendo, somente quando a mulher é inocente, isto é, afirma não ser sabedora de que seu par tem outra, há o reconhecimento de que ela está de boa-fé e se admite o reconhecimento da união estável, com o nome de união estável putativa.(...) No entanto, se a mulher afirma que sabia do duplo relacionamento, se entende que há confissão de sua má-fé e simplesmente tal vínculo é dado por inexistente. De nenhum valor se reveste, não sendo incluído na esfera da juridicidade (DIAS,2010, p.2)

Logo, “a outra conclusão que se extrai desta tentativa classificatória é que acaba sendo beneficiado justamente aquele que infringiu o princípio da monogamia”. (DIAS, 2010, p. 3), enaltecendo desta forma a injustiça e a infidelidade, não havendo sanção a parte que infringiu aos deveres conjugais.

O concubinato é lançado a órbita Constitucional, seus efeitos tendem a beneficiar o parceiro infiel, pois a invisibilidade da situação acoberta o ilícito, não penalizando exatamente quem afronta a moral e aos bons costumes, situação mais comum entre os homens, sendo também uma forma preconceituosa alinhavada historicamente:

Sabendo a mulher do relacionamento paralelo, estaria agindo de má-fé, não se podendo ter por presente o objetivo de constituição de família, requisito de ordem subjetiva exigido pelo art. 1.723. De outro lado, afirmando a mulher desconhecer que, a pessoa com quem entretém uma convivência duradoura, pública e contínua, vive também com outra, então é reconhecida sua boa-fé e a existência de uma união estável. Assim, o requisito de ordem subjetiva para o reconhecimento da entidade familiar, qual seja, a intenção de constituir uma família, só se perquire da mulher. Quanto ao varão – que é quem mantém a dupla convivência – desimporta sua intenção. (DIAS, 2010, p.3).

Desta forma, é preciso direcionar a postura Jurisdicional com base na equidade, acompanhando a realidade social, reforçando a dignidade humana, para não repedir injustiças históricas de condenação, assim como recebem a denominação preconceituosa de concubinato.

O reconhecimento dos direitos sucessórios dos concubinos

Ainda que sem tempo, doutrina e da jurisprudência majoritárias já entendem a necessidade de garantir maior proteção jurídica aos concubinos, em respeito ao princípio da boa-fé, na medida em que o companheiro, ainda que impedido de casar, na maioria das vezes participa ativamente da construção do patrimônio comum.

Um dos argumentos que vem sendo considerado em benefícios dos direitos sucessórios no concubinato tem a ver com o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, sobre o qual se pode afirmar:

É considerado injusto, imoral e contrário ao direito, uma vez que ocorre normalmente quando há um desequilíbrio patrimonial, ou seja, um aumento do patrimônio de uma pessoa em detrimento do outro, sem base jurídica, contrariando, assim, a adequação social, função fundamental do direito. (GONÇALVES, 2014, p.216)

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido por reiteradas vezes no sentido de reconhecer a sociedade de fato:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOCIEDADE DE FATO. CONCUBINATO IMPURO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A revisão do acórdão recorrido que, ao dirimir a controvérsia, reconhece a caracterização de longa união estável e o consequente direito à partilha dos bens angariados com o esforço comum, demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede especial, ut súpula 07/STJ. 2. Não destoa o v. acórdão recorrido da orientação emanada desta Corte acerca da possibilidade de dissolução de sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado, visto que o denominado concubinato impuro não constitui circunstância impeditiva de aplicabilidade da súpula 380 do

Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ-AgRg no Ag: 746042 SP 2006/0031416-5, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES . Data de Julgamento: 04/09/2007, T4 – QUARTA TURMA. Data de Publicação: DJ 17.09.2007 p. 290)

Existem ainda inúmeras situações em que o concubino não consegue provar que participou da aquisição dos bens adquiridos na constância do relacionamento e amarga prejuízos no momento da partilha destes.

Nestes casos, a jurisprudência vem concedendo à parte prejudicada uma indenização alternativa, de forma pecuniária, pelos serviços domésticos prestados, conforme podemos perceber no julgado abaixo:

“CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. Segundo entendimento pretoriano, "a sociedade de fato entre concubinos é, para as consequências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo, porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica." Recurso não conhecido.” (STJ – REsp 229.069/SP – 4ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 26/4/2005). (grifos nossos)

Em sentido oposto, o Judiciário ainda tem apresentado decisões que desamparam o concubinato, principalmente na modalidade impuro, alegando a defesa do caráter monogâmico da relação familiar e causas impeditivas de casamento.

RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADO COM HABILITAÇÃO DE HERANÇA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO COM IMEDIATA MEACÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATÉRIA A SER DIRIMIDA NO INVENTÁRIO – JULGAMENTO ULTRA PETITA – PERÍODO DE CONVIVÊNCIA CONCOMITANTE COM O CASAMENTO EM CURSO – CONCUBINATO IMPURO – IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA DURANTE REFERIDO PERÍODO – REFORMA DA SENTENÇA. Constatado na instância Revisora que a decisão é “ultra petita”, o Tribunal apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido. O período em que a autora se relacionou com terceira pessoa casada, sem efetiva comprovação de separação de fato de seu suposto companheiro com a ex-esposa, inviabiliza o reconhecimento da união estável diante da caracterização do concubinato impuro. (TJ-MG 103380504145500011-MG-1033805041455-0/001(1), Relator: EDILSON FERNANDES, data de julgamento: 02/06/2009. Data de Publicação: 17/07/2009).

Entretanto, a questão vem sendo superada e, enquanto os legisladores evitam a indisposição com os setores mais conservadores da sociedade e retardam as alterações no ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência vêm trabalhando para harmonizar os efeitos das sucessões familiares concubinárias.

O reconhecimento dos direitos previdenciários dos concubinos

No plano previdenciário, a questão tem sido bastante controversa. O judiciário vinha decidindo desfavoravelmente aos concubinos, não reconhecendo as demandas destes por participação na pensão dos seus antigos companheiros de fato.

Majoritariamente, as decisões judiciais se pautavam no argumento de que o concubinato não poderia receber tratamento previdenciário igual à união estável, por estar à margem da Constituição e contrariar o ordenamento jurídico.

Com a evolução do Direito de Família, parcela da doutrina e da jurisprudência alteraram o seu entendimento, e passaram a defender que o rigor da lei deve ceder à realidade dos fatos, de modo a proteger os concubinatos de longa duração, decorrentes de relacionamentos amorosos entre pessoas com impedimento para casar.

Assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO À CONCUBINA. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE UNIÃO ESTÁVEL. NECESSIDADE DE PROVA TESTEMUNHAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA 1. O benefício de pensão por morte é devido aos dependentes daquele que falece na condição de segurado da Previdência Social e encontra-se disciplinado no artigo 74 da Lei nº 8.213/91. 2. De acordo com a Lei nº 8.213/91, verifica-se que, para fazer jus ao benefício de pensão por morte, o requerente deve comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) O falecimento do instituidor e sua qualidade de segurado na data do óbito e; (ii) qualidade de dependente do pensionista em relação ao instituidor do benefício. 3. A autonomia do direito previdenciário permite a criação de conceitos próprios para fins previdenciários, sem necessária submissão plena aos preceitos civilistas. Não cabe, em matéria previdenciária, analisar a moralidade ou mesmo legalidade (por exemplo, na hipótese de bigamia) da relação havida entre o segurado e o dependente, mas sim a melhor forma de assegurar a proteção do Estado àqueles que, de fato, dependiam do segurado. 4. Não há provas da separação de fato do autor, o que, como visto, é irrelevante para a concessão do benefício à autora, mas pode levar ao recebimento de apenas 50% até a data do falecimento da esposa. Quanto à prova do relacionamento entre a autora e o de cujus, esse não restou cabalmente comprovado, mas há fortes indícios, os quais podem ou não vir a ser infirmados por prova testemunhal. Faz-se necessário, portanto, o retorno dos autos à vara de origem para a oitiva das testemunhas arroladas pela autora na petição inicial. 5. O requisito da verossimilhança do direito invocado, diante das provas apresentadas pela autora, apontando indícios de relacionamento com o segurado falecido. Quanto ao periculum in mora, também se verifica esse requisito uma vez que se trata de senhora de idade avançada e, em consulta ao CNIS, verifica-se que ela não recebe nenhum outro benefício previdenciário, já tendo inclusive pleiteado a concessão de benefício assistencial, o qual lhe foi negado. 6. Dado provimento à apelação, nos termos do voto. (TRF-2 - AC: 00179806020154025102 RJ 0017980-60.2015.4.02.5102, Relator: SIMONE SCHREIBER, Data de Julgamento: 27/06/2017, 2ª TURMA ESPECIALIZADA)

Ao se tornar controverso, o tema passou a frequentar as fileiras do Supremo Tribunal Federal, que abriga atualmente dois recursos extraordinários envolvendo a pensão para amantes, com repercussão geral.

O primeiro julgamento ocorrerá no Recurso Extraordinário nº. 883.168/SC, relatado pelo Ministro Luiz Fux, cujo tema de repercussão geral é o concubinato de longa duração e os seus efeitos previdenciários. Neste, uma concubina pleiteia o recebimento de pensão por morte de seu companheiro, um ex-combatente da marinha brasileira.

Já no segundo julgamento, objeto do Recurso Extraordinário nº. 1045273/SE, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, também de repercussão geral, é debatido a pensão por morte de um companheiro homossexual, que concorria com uma união estável.

Esses julgamentos não têm data para acontecer. Independente disso, qualquer resultado valerá para todos os concubinos que se encontram na situação de pleitear a pensão do seu companheiro, seja ela dividida com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, ou integral, na falta destes

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, o trabalho aborda a forma com que as primeiras Constituições se referiam a família, isto é, o seu reconhecimento se baseava no alicerce do casamento, excluindo outras formas de afetividade.

Nesse sentido, mesmo o Código Civil de 1916 abordando o tema de forma mais abrangente, ainda havia impedimentos com base em valores morais advindos da Idade Média, mostrando-se ainda conservador e fiel as tradições.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 inovou na abordagem, ampliando o reconhecimento da família a uniões estáveis, e a famílias monoparentais, sendo incluso como base da sociedade, com especial proteção do Estado.

Logo, a união estável, bem como o casamento, são situações legítimas, asseguradas pela legislação, não havendo impedimentos ao relacionamento e apresentando-se como marco maior no reconhecimento das famílias, sendo o norteador para normas infraconstitucionais.

Desta forma, a intervenção do Estado nas famílias tem por princípio garantir a sua proteção, garantindo a estabilidade e a longevidade das normas preestabelecidas.

Entretanto, o poder estatal excede alguns limites que deveria respeitar, nas esferas públicas e privadas quando tenta manter o controle sobre as relações familiares, intervindo nas liberdades individuais, em inobservância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em sendo assim, o paradoxo que se forma diz respeito aos valores fundamentais e existenciais em relação a autonomia privada nas relações familiares, trazendo à tona o princípio da intervenção mínima do Estado.

Atualmente, o afeto tem ganhado papel principal nas relações amorosas, sendo observado em decisões judiciais envolvendo o direito de família, inclusive sendo atribuída a condição de princípio.

Nesse sentido, encontramos decisões do juiz-estado observando tal princípio em consonância com a dignidade da pessoa humana, na medida em que o companheiro, ainda que impedido de casar, na maioria das vezes participa ativamente da construção do patrimônio, contrapondo desta forma preceitos morais e convencionais.

Contudo, o tema ainda encontra empecilhos na legislação, em diversas passagens do Código Civil o concubinato é discriminado e deixado as margens do direito, principalmente o impuro de má-fé.

Se o companheiro é inocente e não sabia da relação anterior admite o reconhecimento da união estável, com o nome de união estável putativa, isto é, o de boa-fé, porém, se a firma

que sabia do duplo relacionamento, o de má-fé, tal vínculo é dado por inexistente e nenhum valor tem na esfera judicial.

Em observância ao concubinato de má-fé, a negativa ao seu reconhecimento encontra-se enraizado ao conceito da monogamia, a valores morais e bons costumes, porém quem sai ganhando é justamente aquele que infringiu o princípio, enaltecendo desta forma a injustiça e a infidelidade, situação mais comum entre os homens, sendo também uma forma preconceituosa e machista.

Além de permitir o enriquecimento ilícito do infiel, bem como a isenção de responsabilidade com o outro, ferindo cabalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, da menor intervenção estatal e da autonomia privada.

Relações que refletem no mundo jurídico, onde por muitas vezes há patrimônio em comum, filhos, amor, compartilhamento de uma vida em todos os seus aspectos, relações públicas, estáveis e contínuas, com nítido ânimo de constituir família.

A intervenção do estado no âmbito da família, deve se dar apenas no sentido de proteção, nos previstos termos da Constituição Federal, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, como a igualdade e a justiça, valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Contudo, negar direitos, manter a clandestinidade, esconder a existência de um fato social que existiu, existiu e que vai continuar a existir é ser preconceituoso, é estagnar a legislação, é descompassar os avanços sociais e jurídicos com base “bons costumes” alinhados historicamente.

Noutro giro, sob a ceara dos direitos sucessórios, o Judiciário ainda tem apresentado decisões que desamparam o concubinato, principalmente na modalidade impuro, alegando a defesa do caráter monogâmico da relação familiar e causas impeditivas de casamento.

Entretanto, o argumento que vem sendo solidificado é o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, ou seja, um o desequilíbrio patrimonial, um injusto aumento de patrimônio em função do outro.

Logo, o ordenamento jurídico e a jurisprudência vêm tentando harmonizar os efeitos das sucessões familiares concubinárias, ao passo e que os legisladores evitam a indisposição com os setores mais conservadores da sociedade.

Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido por reiteradas vezes no sentido de reconhecer a sociedade de fato, porém não é pacífico o entendimento, havendo

situações na qual o parceiro não consegue comprovar a participação na aquisição dos bens suportando expressivos prejuízos.

Nestes casos, a jurisprudência vem concedendo à parte prejudicada uma indenização alternativa, de forma pecuniária, pelos serviços domésticos prestados, porém a questão não é indenizável como se fosse uma funcionária e sim o reconhecimento pelo amor, convivência e compartilhamento de lutas e vitórias.

No plano previdenciário, o tema direito ao concubinos é controverso, o tema passou a frequentar as fileiras do Supremo Tribunal Federal, e os dois recursos extraordinários envolvendo a pensão para amantes ainda se encontra em discussão até a presente data.

Majoritariamente, as decisões judiciais se pautavam no argumento de que o concubinato não poderia receber tratamento previdenciário igual à união estável, por estar à margem da Constituição e contrariar o ordenamento jurídico.

Entretanto, com a evolução do Direito de Família, parcela da doutrina e da jurisprudência alteraram o seu entendimento, e passaram a defender que o rigor da lei deve ceder à realidade dos fatos, de modo a proteger os concubinatos de longa duração, decorrentes de relacionamentos amorosos entre pessoas com impedimento para casar.

O primeiro julgamento é o Recurso Extraordinário nº. 883.168/SC, relatado pelo Ministro Luiz Fux, cujo tema de repercussão geral é o concubinato de longa duração e os seus efeitos previdenciários.

Já o segundo julgamento, é o Recurso Extraordinário nº. 1045273/SE, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, também de repercussão geral, no qual é debatido a pensão por morte de um companheiro homossexual, que concorria com uma união estável.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n.8.971, de 29 de dezembro de 1994. Planalto, Brasília, DF, 29 dez. 1994.

BRASIL. Lei n.9.278, de 10 de maio de 1996. Planalto, Brasília, DF, 10 maio 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2012, pag. 174. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29143/a-pensao-por-morte-em-concubinatos-de-longa-duracao-na-avisao-jurisprudencial>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. São Paulo: **Martins Fontes**, 2003 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pag. 216.

JUSBRASIL, "Famílias paralelas e concubinato", Camila Ferraz Laragnoit, 2015. Disponível em: <<https://camilalaragnoit.jusbrasil.com.br/artigos/189643518/familias-paralelas-e-concubinato>> . Acesso em: 14 de abril de 2020.

JUSBRASIL, "O princípio da monogamia diante das repercussões jurídicas das uniões paralelas", João Pereira Lima Filho, 2015. Disponível em: <<https://jplf1994.jusbrasil.com.br/artigos/237412962/o-principio-da-monogamia-diante-das-repercussoes-juridicas-das-unioes-paralelas>>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

JUS.COM.BR, " Consequências jurídicas do concubinato adulterino", Manuela Passos Cerqueira, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18206/consequencias-juridicas-do-concubinato-adulterino/2>>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

MARIA BERENICE DIAS, "Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade", Maria Berenice Dias, 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_790\)4__adulterio_bigamia_e_uniao_e_stavel__realidade_e_responsabilidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_790)4__adulterio_bigamia_e_uniao_e_stavel__realidade_e_responsabilidade.pdf)>. Acesso em: 27 de abril de 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. " Dicionário de direito de Famílias e Sucessões- ilustrado". **Saraiva**, volume 1, p.178,2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. " Dicionário de direito de Famílias e Sucessões- ilustrado". **Saraiva**, volume 1, p.177,2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. v. 6. 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 5.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Eduardo. **A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STJ-AgRg no Ag: 746042 SP 2006/0031416-5, Relator: Ministro Fernando Gonçalves . DJ: 04/09/2007. **JusBrasil**, 2007. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8881015/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-746042-sp-2006-0031416-5>. Acesso: 19 abril 2020.

STJ – REsp: 229.069/SP, Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJ: 26/4/2005. **Jusbrasil**, 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2347858/recurso-especial-resp-229069-sp-1999-0080154-7>>. Acesso: 26 março 2020

TJMG. Apelação Cível 1.0017.05.016882-6/003. Relatora:Desembargadora Maria Elza . DJ: 20/11/2008. **IBDFAM**, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/4219/Nota+de+Esclarecimento>>. Acesso em:29 de abril de 2020.

TJ-MG 103380504145500011-MG-1033805041455-0/001(1), Relator: Edilson Fernandes. DJ: 02/06/2009. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5994076/103380504145500011-mg-1033805041455-0-001-1>. Acesso: 10 abril 2020

TRF-2 - AC: 00179806020154025102 RJ 0017980-60.2015.4.02.5102, Relator: Simone Schireiber. DJ: 27/06/2017, **JusBrasil**, 2017. Disponível em: < <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503557164/apelacao-ac-179806020154025102-rj-0017980-6020154025102?ref=serp>. Acesso: 28 março 2020.