



**FACULDADE PARAÍSO DO CEARÁ - FAP**

Curso de Direito

Anderson Eugênio de Oliveira

**ANÁLISE CRÍTICA AO RECONHECIMENTO DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS  
RELAÇÕES EXTRAJUGAIS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO.**

Juazeiro do Norte-CE  
2010

Anderson Eugênio de Oliveira

**ANÁLISE CRÍTICA AO RECONHECIMENTO DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS  
RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Paraíso do Ceará - FAP, como pré requisito à obtenção do título de Graduado em Direito.

Orientador: Prof. Espc. Giácomo Tenório Farias

Juazeiro do Norte-CE

2010

Anderson Eugênio de Oliveira

**ANÁLISE CRÍTICA AO RECONHECIMENTO DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS  
RELAÇÕES EXTRAJURÍDICAS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Espc. Giácomo Tenório Farias  
Orientador

---

Prof. Espc. Patrícia Vieira Pereira  
Avaliadora

---

Prof. Espc. Shakespeare Teixeira Andrade  
Avaliador

Apresentado em: 22 / 12 / 2010.

Nota: 10,00.

---

Prof. Dr. Carlos Augusto Silva  
Coordenador do Curso

Juazeiro do Norte-CE

2010

## RESUMO

A presente pesquisa traz uma análise crítica ao reconhecimento dos efeitos jurídicos das relações extraconjugais no âmbito do Poder Judiciário. Apesar da Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional não contemplarem ditas relações na condição de entidades familiares protegidas pelo Estado, a relativização do princípio da monogamia em favor da dignidade da pessoa humana e da vedação ao enriquecimento sem causa tem favorecido a construção de instrumentos doutrinários e jurisprudenciais para conferir direitos as uniões paralelas ao casamento. Todavia, tendo em vista a não regulamentação legal da matéria, inexistente norteammento para a atuação jurisdicional no sentido de evitar a instalação de uma insegurança jurídica na sociedade pela ameaça à família tradicional. De modo que se trata de uma reflexão necessária ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito, focada em um tema atual e complexo, envolto de divergências oriundas de convicções éticas e morais.

**Palavras-Chave:** Família. Relação extraconjugal. Relativização da monogamia. Dignidade da pessoa humana. Insegurança jurídica.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 OS NOVOS HORIZONTES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	8
1.1 O casamento monogâmico deixa de ser elemento identificador da família brasileira.....	8
1.2 A dignidade da pessoa humana e seu papel na reestruturação da família à luz da Constituição Federal de 1988.....	13
1.3 A afetividade como pressuposto de formação da família contemporânea..	16
2 UNIÕES AFETIVAS – A REVOLUÇÃO DOS COSTUMES.....	19
2.1 Evolução da família: novos valores para um novo tempo.....	19
2.2 Da União estável e do concubinato.....	22
2.3 Da (im) possibilidade de incidência das regras do direito de família nas relações extraconjugais.....	26
3 ASPECTOS GERAIS DAS RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS: HISTÓRICO, CONCEITO E REPERCUSSÃO JURÍDICA.....	30
3.1 Antecedentes históricos do concubinato.....	30
3.1.1 Antiguidade.....	30
3.1.2 Período Medieval e Idade Moderna.....	30
3.1.3 Brasil.....	31
3.2 Efeitos jurídicos ao concubinato adúltero: a relativização da monogamia.....	34
3.3 Concubinato: entidade familiar ou sociedade de fato?.....	37
4 REGULAMENTAÇÃO DO CONCUBINATO COMO CONDIÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA.....	40
4.1 Divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto aos efeitos jurídicos das relações extraconjugais.....	40
4.2 Da inafastabilidade da tutela jurisdicional aos amantes.....	45
4.2.1 Das possibilidades de efeitos da tutela.....	46
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

## INTRODUÇÃO

Inúmeras são as influências do ambiente social para a formação da personalidade humana. Inegavelmente, a família é a mais importante de todas. É uma organização na qual a pessoa humana encontra amparo irrestrito, fonte da sua própria felicidade. De sorte que, a família é base de sustentação do corpo social, recebendo, portanto, especial proteção do Estado.

Sua concepção está interligada com os rumos e desvios da história, com as características morais, culturais e sociais de cada época, sendo, portanto, uma estrutura mutável na medida em que se modificam as estruturas e a arquitetura da própria história no decorrer do tempo. Trata-se, em verdade, da *célula mater* da sociedade, onde os valores evoluem de modo a garantir a adequada formação do indivíduo.

Neste diapasão, tendo em vista a dinamicidade das relações humanas no mundo pós-moderno, cujos valores e princípios foram flexibilizados, descortinando uma multiplicidade de modelos familiares, o Direito brasileiro necessita redesenhar a concepção de família, atendendo ao desafio de considerar e regulamentar as situações nascentes na sociedade, que se encontram à margem da tutela jurisdicional.

A família ingressa numa fase de evolução jurídica em que o casamento monogâmico deixa de ser seu elemento identificador, tendo em vista a valorização das uniões de fato, em que vigoram requisitos não formais. A célula da sociedade modifica sua estrutura para legitimar a existência de novas realidades.

Neste contexto histórico, surge a abordagem das relações extraconjugais, aquelas estabelecidas paralelas ao casamento. O adultério é prática disseminada desde a sociedade colonial brasileira, apesar das sanções à época impostas pela Igreja Católica. Punível ou não, trata-se de uma das crises a serem enfrentadas pelos estudiosos do Direito.

Por questões de ordem cultural, religiosa ou política, o Brasil adotou o princípio da monogamia do matrimônio, punindo inclusive a prática da bigamia. No entanto, constata-se que apesar da ínfima violação de tal premissa, homens e mulheres transgridem deliberadamente o dever de fidelidade, de lealdade, de respeito e de consideração mútuos, ditados pelo Diploma Civil Substantivo Pátrio. Constroem-se, muitas vezes, lares extraconjugais e massa patrimonial.

Diante dos acontecimentos, o legislador reserva-se ao direito de permanecer inerte. Possivelmente, amedrontado pela provável reação social diante da agressão à família natural. Os estudiosos do Direito, por sua vez, buscam interpretar a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional disponível no escopo de prestar efetiva assistência jurídica à população. Doutrina e Jurisprudência nascem em todo o país, reconhecendo ou não efeitos jurídicos às relações concubinárias.

Perplexa, a sociedade vê a insegurança como característica da nossa era. Há decisões que avançam e outras que voltam ao passado. Não se encontram limites ou fronteiras. Erros e acertos, convergências e divergências, convivem paradoxalmente no fantástico mundo jurídico brasileiro.

## 1. OS NOVOS HORIZONTES DOS DIREITOS DAS FAMÍLIAS.

### 1.1. O Casamento Monogâmico deixa de ser Elemento Identificador da Família Brasileira.

A família surgiu como um fato natural, posto que não é da natureza humana o isolamento. Famílias foram sendo constituídas pelo instituto sexual e para a conservação da prole por elas gerada, como de modo semelhante acontece no mundo animal, surgindo com o tempo a evolução dos modelos de convívio e de interação das sociedades afetivas, até o matrimônio ao lado da união informal. (MADALENO, 2008).

Virgílio de Sá Pereira (2008, p.51-56), se afasta das convenções sociais e jurídicas para vislumbrar na realidade a legítima formação da família, que assumiu nova feição:

A família é um fato natural. Não a cria o homem, mas a natureza. (...) O legislador não cria família, como o jardineiro não cria a primavera. (...) Fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento, que é fenômeno legal. (...) Agora, digei-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com sua lei, ou o padre, com seu sacramento? Que importa isto? (...) Não é do casamento, portanto, que resulta o parentesco, mas da paternidade e da maternidade, e assim, corria ao legislador o dever de considerar as uniões ilegítimas, para resguardo dos direitos da prole. (...) De tudo que acabo de dizer-vos, uma verdade resulta; soberano não é o legislador, soberana é a vida.

O casamento foi, durante um longo período da história, uma das instituições jurídicas mais importantes, sendo reconhecido como única forma de constituição de família. O entendimento perdurou, ultrapassando séculos de modernidade, sustentado pela histórica imposição religiosa de um ato santificado, fruto da visão do mundo medieval que não reconhecia outra união aos olhos de Deus e da Igreja. O enraizamento desta cultura religiosa terminou por influenciar as legislações civis de maneira a condicionar o matrimônio a um ato solene, celebrado na forma da lei, sem o qual não decorreriam efeitos jurídicos. Paulo Lins e Silva (2009, p. 123), relata muito bem a importância desse instituto, que desde o início de nossa história até meados do século XX foi o bem mais desejado pelas mulheres, independentemente de sua origem social:



Herdeiros da cultura européia tradicional e religiosa, os brasileiros adotaram a visão de que a mulher deveria ser mãe, esposa e dona de casa. Assim, nada mais desesperador a uma família que ver sua filha adentrar a puberdade sem vislumbrar para ela um bom casamento.

A família de tempos passados tem sua ênfase colocada em uma visão de mundo em que a religião era o grande ponto de convergência, segundo relatado por Coulanges (1996, p.29-30):

A origem da família antiga não está apenas na geração. (...) O princípio da família não o encontramos tampouco no afeto natural. O direito grego e o direito romano não levavam em consideração esse sentimento. (...) Os historiadores do direito romano, muito justamente, observaram que nem o nascimento nem o afeto formam o fundamento da família romana, julgando, pelo contrário, que devemos encontrar tal fundamento no poder paterno ou no marital. (...) O que uniu, de verdade, a família antiga foi algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: na religião do fogo sagrado e dos antepassados se encontra esse poder. A religião fez com que a família formasse um único corpo nesta vida e na do além.

Essa visão de mundo do período medieval deu lugar a uma concepção antropocêntrica a partir do renascimento, em que o homem era a medida de todas as coisas. A revolução desencadeada ainda no século XVIII, o século das luzes, resultou na mutação dos princípios sociais, desmistificando os tabus determinados pela tradição, conforme aponta Lins e Silva (2009, p.123):

A revolução industrial modificou o papel da mulher na sociedade, passando de mãe e dona de casa a trabalhadora.

A partir do final do Século XIX, aos poucos, com a introdução no Brasil do capitalismo e da industrialização e a conseqüente procura por mão de obra, as mulheres foram pouco a pouco expandindo seus horizontes, e o casamento passou a não ser mais encarado como a única alternativa digna para suas vidas.

A liberação sexual na metade da década de 1960 foi também marcante, quando teve como parâmetro a igualdade sexual entre homens e mulheres, estas sem o risco da gravidez, diante da descoberta dos anticoncepcionais.

A legislação brasileira, no entanto, até o Código Civil de 1916, não evoluiu a ponto de assimilar tais fatos sociais. Zanetti (2010, p.113) contextualiza o momento:

Havia grupos familiares formados a partir de pessoas que não se casaram, seja porque, a princípio, o casamento era somente religioso, e os não católicos, ou se convertiam à religião para se casarem, ou não se casavam – seja porque pessoas separadas de fato de seu cônjuge não podiam se casar novamente e passavam a viver informalmente com outra pessoa, seja porque simplesmente decidiram não se casar seguindo as formalidades

legais.

A importância dada ao casamento pela legislação brasileira decorria da forte influência religiosa no Direito Brasileiro, notadamente no direito de família, uma vez que, durante o Império brasileiro, cuja religião oficial era a católica, a Igreja era responsável pela celebração dos casamentos. O casamento, para a religião católica, é considerado algo sagrado, proveniente de Deus, e portanto indissolúvel. A Igreja ainda hoje tem certa resistência em relação à dissolubilidade do casamento.

O Código Civil de 1916, já revogado, controlava a dinâmica social, tentando impor à sociedade um conceito único de família, ao prever que apenas o casamento poderia legitimar a formação deste ente. O legislador se arvorou no papel de guardião dos bons costumes, buscando a preservação de uma moral conservadora e, muitas vezes, preconceituosa, adotando uma postura intimidadora e punitiva, na esperança de gerar comportamentos alinhados com os comandos legais, na perspectiva de desestimular atitudes que se afastassem do parâmetro comportamental reconhecido como aceitável.

Demais disso, o Código, tido como instrumento legislativo de consagração dos valores burgueses típicos do século XIX, ignorando que no direito de família deve haver maior valorização da pessoa humana, deu contornos eminentemente patrimonialistas à família. Por conta disso, tal agrupamento era tratado como um ente de produção de riqueza, perpetuado nas gerações seguintes através do direito das sucessões.

Nesse contexto, vale ressaltar que o casamento tinha finalidades de cunho eminentemente econômico, a exemplo do estabelecimento de vínculos patrimoniais, mútua assistência entendida como um recíproco auxílio patrimonial, e do dever de educar e principalmente manter a prole.

Ademais, o regime matrimonial de bens teve tratamento primordial pelo legislador, pois nada menos que 59 (cinquenta e nove) artigos do Código tratavam da matéria. Os impedimentos matrimoniais estatuídos no art. 183 do Diploma Civil de 1916 também tinham como fundamentos a defesa do patrimônio, e não das pessoas, como nos casos dos incisos XIII, XV e XVI:

Art. 183. Não podem casar:

(...)

XIII – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

(...)

XV – o tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento;

XVI – o juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.

A escolha do casamento como meio único de constituição da família deu-se por dois motivos essenciais. O primeiro foi o fato de, em decorrência da sociedade brasileira sempre ter tido a propensão de cultivar as tradições cristãs, tal instituto já se encontrar impregnado na cultura nacional. O segundo motivo reside na solenidade e na publicidade inerentes ao rito matrimonial: essas características, por certo, gerariam uma segurança jurídica, a qual era favorável à manutenção do compromisso assumido pelos nubentes.

Face ao aludido modelo uno de família, as relações de fato surgidas fora do casamento não recebiam qualquer reconhecimento jurídico. Não havia família em relações concubinárias, mesmo no denominado concubinato puro (entre pessoas sem impedimentos matrimoniais). Além disso, filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, não podendo ser reconhecidos pelos pais, mesmo que estes quisessem.

Negar reconhecimento a esses filhos tinha finalidade punitiva, visando a impedir a procriação fora dos sagrados laços do matrimônio

Dentro da relação matrimonial da época notou-se uma certa ausência de preocupação com a felicidade dos membros da família, visto que era evidente o desequilíbrio entre os cônjuges, ante a prevalência da figura do marido. Ao varão praticamente só eram conferidos pelo Código privilégios. O rol de seus direitos era extenso, incluindo, por exemplo, a chefia exclusiva da sociedade conjugal, a incumbência de representar a família, de administrar os bens comuns, de autorizar a mulher a realizar determinados atos.

Na realidade, pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não com aquela situação. A dignidade deles era um dado secundário. O que, de fato, se tornava relevante era a manutenção da paz doméstica, o equilíbrio, a segurança, a coesão formal da família, mesmo em detrimento da realização pessoal de cada um dos seus integrantes, principalmente a mulher.

A família constituída pelo casamento era concebida como um instituto em prol da própria família, um fim em si mesma, porque o legislador entendia que aquele modelo fechado era o único correto. Como consequência de tudo isso, aquelas pessoas que preferiram viver à margem do Direito, pois não se casaram, receberam designações extremamente discriminatórias, enquanto membros de uma família ilegítima, constituída à margem da lei.

Os filhos provenientes das relações extraconjugais sofriam do mesmo fardo de serem tratados como ilegítimos e, por isso, não recebiam os direitos privativos dos chamados filhos legítimos, frutos do casamento. Nasceram já marcados pelo selo da exclusão social em virtude do *status* de espúrios, bastardos.

Demais disso, a relação entre pais e filhos era pouco afetiva, sendo o processo educacional rígido, autoritário e unilateral. Mesmo os filhos legítimos não tinham voz nem vez, restando o dever de obedecer sempre, pois o patriarca sabia o que era melhor para sua prole. Não havia espaço para o diálogo, a troca de idéias e de conhecimentos. O pai do início do século XX tinha como seu principal papel nutrir financeiramente seus filhos, e isso bastaria para que fosse proporcionada a felicidade de todos.

Ao considerar como ideal o modelo de família descrito acima, o legislador vedava por absoluto o término definitivo do vínculo matrimonial, não sendo permitido o divórcio, admitindo-se, tão somente, o encerramento da sociedade conjugal, através da separação judicial (desquite), sendo que o culpado por essa separação era duramente punido com a perda automática da guarda judicial dos filhos e dos direitos ao nome de casado e aos alimentos. Manter o casamento após o desquite, ainda que desfeito o vínculo afetivo, negava a realidade da vida, criando uma ficção no escopo de impedir a constituição de novas uniões.

O legislador era o grande ditador dessa situação de rigidez legal, que dizia como as pessoas deveriam proceder, impondo pautas de conduta afinadas com a moral vigente. E em razão dessa imposição é que muitas famílias foram mantidas, em prol do reconhecimento do Estado e da própria sociedade hipócrita e preconceituosa, quando no âmago de cada um dos seus membros reinava a insuportabilidade da vida em comum, algo relativamente normal nos relacionamentos humanos, mas terrivelmente evitado pelo legislador infraconstitucional. Some-se ainda a pregação da Igreja Católica de que não seria possível ao homem separar o que Deus uniu.

Ainda assim, novas configurações familiares foram surgindo, instituídas por laços de afeto, respeito e mútua assistência, aversas a formalidades criadas por convenções sociais, mas plenamente capazes de desenvolver a personalidade de seus membros. O casamento deixou de ser a figura central da família, abrindo espaço para o exercício da liberdade pelos indivíduos para escolher a forma de família que pretendem constituir, possuindo a prerrogativa de, se não mais houver amor, colocar fim ao relacionamento, permanecendo íntegros, contudo, os vínculos paterno-filiais. O silêncio da lei não foi suficiente para impedir a busca da felicidade pelo ser humano.

No momento atual, o modelo de família está fundado no poder familiar, que pertence ao casal, e nos valores da afetividade, da solidariedade, da convivência e dos laços criados e não em valores culturais e religiosos. Portanto, inaugurando uma nova fase que reflete mudanças na moral brasileira, a Constituição Federal, promulgada aos cinco dias do mês de outubro de 1988, ao contrário de suas antecessoras, que consideravam apenas o casamento como forma de família legítima, alçou a união estável e a família monoparental à categoria de entidades familiares protegidas pelo Estado, no escopo de preservar a unidade e a sobrevivência social e legitimar a existência dos dois novos agrupamentos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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

O cenário do direito de família foi modificado para atender aos anseios sociais, alterando radicalmente o paradigma da família.

## **1.2 A Dignidade da Pessoa Humana e seu Papel na Reestruturação da Família à luz da Constituição Federal de 1988.**

Apesar das variadas formas que assume e das transformações sofridas no decorrer dos tempos, a família permanece como condição para a humanização e a socialização das pessoas, constituindo-se em uma constante universal em todas

as culturas, como forma de relação social da espécie humana, não só como estratégia de sobrevivência dos grupos, mas como condição para o desenvolvimento e a realização da pessoa.

A família é considerada o berço da sociedade e a formadora dos indivíduos, na qualidade de primeiro sistema social no qual o ser humano é inserido desde o seu nascimento. Nela são atendidas as mais diversas necessidades humanas e sociais, quer para a identidade simbólica do indivíduo, que lhe proporciona experiência no nível psicológico, quer ao oferecer experiências humanas básicas e referenciais que perduram no tempo: paternidade, maternidade e fraternidade.

Cabe à entidade familiar possibilitar o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana e, como consequência, a evolução da sociedade, pois, caso contrário, não é merecedora de proteção. A Constituição Federal de 1988 considera ter sido o Estado criado em função de seu povo e para servir a todos os cidadãos de modo a preservar, manter e garantir sua dignidade. Apenas à guisa de comentário, ressalta-se que o legislador constituinte inseriu o capítulo dos direitos fundamentais antes do capítulo referente à organização do Estado, reforçando a tese de que este foi criado como elemento a garantir a dignidade da população.

Assim sendo, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser e estar direcionada à busca da dignidade da pessoa humana, sob pena de suas ações serem consideradas inconstitucionais. Pois o Estado deve, em sua atuação, partir do pressuposto de que cada pessoa é um fim em si, e empenhar-se na busca e concretização de sua felicidade.

É nesse contexto constitucional que a entidade familiar passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entreajuda, e não mais como uma fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para o indivíduo obter a plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, amor e ajuda mútua.

Nesse sentido, as relações familiares se tornam muito mais verdadeiras, porque são construídas e não impostas por quem integra o instituto. O ser, finalmente, supera o ter, fazendo o afeto tornar-se o elemento irradiador da convivência familiar.

O conceito de família desvincula-se de um papel adstrito a

consanguinidade e a proteção pelo casamento civil ou religioso. Entretanto, não para fragilizar ou sepultar o núcleo essencial à vida em sociedade, mas na perspectiva de aproximar o direito da realidade e promover o fortalecimento da família através da tutela de todos os seus arranjos vivenciais. Na união estável e na família monoparental não há casamento, mas há família, e o grande fator de união entre as personagens formadoras dessas entidades está no afeto, desdobrando-se, dessa forma, nos fatores de solidariedade, companheirismo e respeito.

A dignidade é tudo aquilo que não tem preço, não pode ser objeto de troca, é inestimável e indisponível. Nas palavras de Kant (1986) é possível delinear uma conceituação adequada de dignidade:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

A Constituição, segundo José Afonso da Silva (1993, p. 109):

Abriu as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

Com efeito, as entidades pós-modernas surgem priorizando os laços de afetividade que unem seus membros, não sendo mais a família sinônimo de casamento. A tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolverem. E essa visão sociológica das relações familiares é de importância cabal, pois reflete a evolução contínua por que passa o instituto familiar na atualidade.

O relacionamento entre os familiares também ganhou nova roupagem, passando a ser muito mais aberto, democrático e plural, permitindo que cada indivíduo venha a obter, de fato, a realização da sua felicidade particular. Isso porque, se a Constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como super princípio, assim o fez por ter encontrado na família contemporânea um forte meio de sua propagação, pois é no âmbito familiar que o indivíduo cresce e adquire suas habilidades para a convivência social.

Moreira Alves *apud* Gustavo Tepedino (2007, p. 140), proclama:

A maior preocupação da atualidade é com a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

Desse modo, entende-se que a família advinda da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer a dignidade de seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro lar, um lugar de afetividade, afeto e respeito.

### **1.3 A Afetividade como Pressuposto de Formação da Família Contemporânea.**

O princípio da afetividade não está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico, mas a Constituição Federal, ao estabelecer a pluralidade das entidades familiares, reconhece a afetividade como base da família.

Não importa a posição do indivíduo na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização do seu projeto de felicidade (DIAS, 2006).

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade pós-moderna traz um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família parece ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regida pelo afeto, como mola propulsora.

Sendo a constituição da família um fato natural, não podendo submeter-se a idéias estáticas, presas a valores de um passado distante, constata-se que a formação dos agrupamentos humanos atuais se dá, em primeiro lugar, pelo estabelecimento de laços de afeto. Decorre uma mutabilidade inexorável na feição



da família, apresentando-se sob tantas e diversas formas quantas forem as possibilidades de se relacionar (ou talvez, de expressar o amor). A família, enfim, não traz consigo a pretensão da inalterabilidade conceitual. Ao revés, seus elementos fundantes variam de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico.

Costa (2010) trata com clareza sobre o processo de evolução e transformação do núcleo familiar:

A família foi, é, e continuará sendo o núcleo básico e essencial da formação e estruturação dos sujeitos, e, conseqüentemente, do Estado. Desta forma, é uma construção que está estruturada no afeto, no amor, na compreensão, nas atitudes solidárias e no reconhecimento.

Essa idéia de família nada mais é do que o reflexo do fim das famílias patriarcais de 1916, daquela família fundada pelos laços de sangue e comandada pelo pai poder. Ainda, são reflexos das transformações da sociedade, dos grandes avanços e das conquistas de longos anos, que hoje são comemoradas por todos os operadores do Direito.

Assim, família se constitui por diversos fatores e é capaz de ter múltiplos envolvidos, pois hoje existe uma estrutura multifacetada, quando tratamos de famílias uniparentais, homoafetivas, pluriparentais, etc., demonstrando o caráter eudemonista, presente na nossa atualidade e justificada exclusivamente na busca da felicidade e na realização pessoal de seus indivíduos.

A sociedade brasileira vive hoje o fenômeno das famílias recompostas e reconstituídas, formadas, justamente, por pessoas que estão ligadas pelo amor.

Esses fatores somados, que constituem a família, é que garantem o desenvolvimento da esfera familiar. Assim, a presença do afeto, do carinho, da compreensão, da atenção, da disponibilidade, do cuidado, do alimento, é que são capazes de dar ensejo a presença de uma estrutura familiar propriamente dita, independentemente de quem são, e de quantos são, os indivíduos envolvidos.

A partir do momento em que as pessoas passaram a se casar por amor, a família foi deixando de ser, essencialmente, um núcleo econômico e reprodutivo. Assim se fez a "desconstrução" da família patriarcal, tradicional e hierarquizada. E foi, então, que o afeto tornou-se um valor jurídico. Nesse sentido, o amor e a autonomia privada tem sido fonte de ampliação dos horizontes, pois nunca se demonstrou tanta preocupação com o outro e o seu bem-estar como nas sociedades atuais.

A Família, afinal, é lugar privilegiado da realização da pessoa, pois é aí que se inicia e se desenvolve todo o processo de formação da personalidade do sujeito. A Família deixou, portanto, de ser um núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do amor e do afeto.

A busca pela institucionalização da família no modelo ultrapassado de matrimônio, baseado na união religiosa e civil entre homem e mulher, já não é regra

na sociedade do tempo presente. Afinal, o mundo está experimentando o novo padrão das sociedades familiares construídas não somente entre sexos opostos, mas também por pares do mesmo sexo nas uniões homoafetivas. Mais importante, pois, revela-se o afeto dos entes que se unem para satisfazer o desejo da aproximação.

Um dos fulcros constitucionais que albergam o princípio da afetividade encontra-se no art. 226, parágrafo 8, da Constituição Federal, no momento em que assimila o marco ora tratado da nova família, com contornos diferenciados, pois prioriza a necessidade da realização da personalidade dos seus membros, ou seja, a família-função, em que subsiste a afetividade que, por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar (COSTA, 2010).

A eliminação das fronteiras arquitetadas pelo sistema sócio jurídico clássico dá lugar à família contemporânea, suscetível às influências da nova sociedade, trazendo o afeto como eixo fundamental, deixando de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade, pois à outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional.

## 2. UNIÕES AFETIVAS – A REVOLUÇÃO DOS COSTUMES.

### 2.1 Evolução da Família: Novos Valores para um Novo Tempo.

A dinâmica das relações sociais reclama uma constante reflexão sobre o Direito em seus diferentes âmbitos de atuação, sendo possível afirmar, portanto, que sua interpretação e aplicação estão sujeitas a uma constante metamorfose, fruto das transformações do convívio social e das forças atuantes na formação dos valores que ordenam essas relações.

Conforme Castelo Branco (2009, p. 27):

No século XX foram intensas e profundas as mudanças experimentadas pela família, preparando as bases que alicerçaram a sua nova concepção, que, para alguns, impropriamente, evidenciava o início de seu declínio e de seu vaticinado desaparecimento.

No entanto, as transformações apenas revelaram sua nova conformação alinhada com os valores sociais dos nossos dias, cumprindo ao Direito a tarefa de compreendê-los e sistematizá-los segundo essa nova realidade.

Eduardo Espínola *apud* Castelo Branco (2009, p. 27), aponta que:

As duas grandes guerras mundiais do último século seriam as principais responsáveis pelas transformações ocorridas na estrutura familiar, especialmente por terem determinado a assunção pela mulher de um papel ativo no campo econômico, afastada da vida exclusivamente familiar e dos serviços domésticos, o que, ao contrário de corresponder a um afrouxamento dos vínculos da família, permitiu que o amor continuasse sendo cultivado, notadamente na relação com os filhos.

O sociólogo Josiah Willian Goode (1969, p. 29), indica ser o igualitarismo um princípio que:

Marca a tendência do novo modelo de família, especialmente no ocidente, no qual as diferenças entre os sexos dão lugar à igualdade nas oportunidades de trabalho e, conseqüentemente, na participação nas decisões da sociedade familiar.

As transformações que marcaram a trajetória evolutiva da instituição familiar se mostram presentes na relação entre os cônjuges e mais recentemente entre os companheiros, como também entre pais e filhos, os quais igualmente

sofreram com as intensas modificações advindas com o surgimento do novo modelo de família.

Novos padrões passaram a orientar o relacionamento entre pais e filhos, a partir do século XIX, com o enfraquecimento da nobreza e com a influência exercida pelo Cristianismo. É inegável o abandono da noção de poder que presidia essas relações. Os filhos ganharam espaço necessário à participação no processo educacional, saindo da condição de meros objetos para galgarem a condição de sujeitos com direito à voz naquilo que lhes interessava diretamente.

Os ventos impulsionadores da evolução do direito de família na maioria dos países ocidentais também provocaram modificações profundas no ordenamento jurídico brasileiro, refletindo na adoção de princípios ímpares, não guardando semelhança com a estrutura patriarcal da família concebida à época do Código Civil de 1916.

Castelo Branco (2009, p. 33), utilizando o saber de Maria Helena Diniz, assinala:

O direito de família no Brasil, especialmente a partir da edição do denominado Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), da Constituição Federal de 1988 e, recentemente, com a vigência do novo Código Civil (Lei 10.406/2002), passou a adotar como princípios: a) a afeição, constituindo a sua extinção em causa eficiente para dissolução dos vínculos do matrimônio e da união estável; b) a igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, com o desaparecimento do poder patriarcal e marital substituído pelo exercício da autoridade conjunta; c) a igualdade jurídica de todos os filhos, abandonando-se a antiga distinção entre filiação legítima e ilegítima; d) o pluralismo familiar, reconhecendo-se a possibilidade da formação de família a partir da união estável entre homem e mulher fora do casamento e também da chamada família monoparental; e) a substituição do poder marital e patriarcal pelo poder familiar; f) a liberdade como fundamento para a constituição da família, seja pelo casamento ou pela união estável, também presente nas decisões relacionadas ao planejamento familiar, à administração do patrimônio e à formação intelectual e religiosa dos filhos; g) o respeito à dignidade da pessoa humana como base da família, em especial na realização do pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

O direito de família, conquanto tido como refratário a mudanças, acabou por assimilar em grande parte as modificações ocorridas na sociedade no último século. Não significa, porém, que não deva estar preparado para enfrentar os desafios do novo milênio, posto que em plena revolução tecnológica impõe-se a esse ramo do direito a adoção de regras para disciplinar as questões antes relegadas à ficção.

Álvaro Villaça Azevêdo, mencionado por Alves (2007, p. 143), ressalta que o amor é mais importante do que tudo na família. O mútuo auxílio material e espiritual entre os esposos, sua convivência amorosa, é mais importante do que a própria formalidade que faz nascer a família. A mútua assistência, portanto, não decorre do simples vínculo matrimonial em si, mas do sentimento de amor entre os cônjuges ou companheiros, o qual é o verdadeiro responsável pela criação e manutenção deste vínculo.

Constata-se uma autêntica transformação do instituto do casamento, deixando de ser o único meio de formação da família para se constituir em um dos centros de realização da dignidade da pessoa humana. Se um homem e uma mulher escolhem formar uma família através do casamento é porque entendem ser este instituto a melhor alternativa para o desenvolvimento do amor mútuo.

Por outro lado, não havia punição maior para duas pessoas de continuarem casadas quando uma nutria pela outra apenas indiferença. Se o casamento era meio de promoção da dignidade humana, ele só deveria continuar existindo caso estivesse cumprindo o seu papel. No momento do descumprimento, não há mais qualquer motivo para sua manutenção, razão pela qual o legislador constitucional ampliou as hipóteses de divórcio já discretamente reguladas pela Lei nº. 6.515/1977.

Assim, a Carta Magna, como consequência da dignidade humana e no intuito de promovê-la, não só retirou do casamento o monopólio na criação ou legitimação da família, como também permitiu outras formas de entidades familiares, quais sejam, a união estável e a família monoparental, conforme já abordado alhures. Com isso, pessoas que antes não queriam ou não podiam convolar núpcias e, por isso mesmo, recebiam tratamento discriminatório passaram a ter oportunidade de construir uma entidade familiar protegida pela legislação pátria.

Além dessas novas entidades familiares reconhecidas, verifica-se na doutrina e jurisprudência uma forte tendência em reconhecer como entidade familiar (e não mais como sociedade de fato) também as uniões homoafetivas e as comunidades formadas por variados parentes, principalmente de irmãos. A título de ilustração, colacionamos os seguintes julgados:

Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que

vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (TJRS, AC 598362655, 8ª C. Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, DJ. 01.03.2000)

Execução. Embargos de terceiro. Lei n. 8.009/1990. Impenhorabilidade. Moradia de família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei n. 8.009/1990, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. (STJ, REsp 159.851/SP, DJ 22.06.1998)

Por todo o exposto, ressalta Alves (2007, p. 147):

Resta patente que a família deixou de ser um instituto fechado e individualista para ser definida modernamente como uma comunidade de afeto e entreatajuda, local propício à realização da dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, caracterizada como um ente voltado para o próprio homem, plural como ele mesmo é, democrática, aberta, multifacetária, não discriminatória, natural e verdadeira.

Alves (2007, p. 147), adverte ainda que “os modelos de família são sempre sugeridos pela Constituição e nunca impostos pelo ordenamento jurídico, como outrora ocorria no Código Civil de 1916”.

A família deixa de ser constituída pelo vínculo jurídico para ser reconhecida pelo ordenamento quando presente o *intuitu familiae*, o afeto como elemento volitivo de sua formação. Por isso, passa-se a conferir maior importância à dignidade de cada um dos membros da família e ao relacionamento afetivo existente entre eles do que propriamente à instituição em si mesma.

## 2.2 Da União Estável e do Concubinato.

A dinamicidade das relações familiares provoca sempre algo de surpreendente, deixando os estudiosos do direito de família muitas vezes perplexos diante de certos fatos (SEREJO, 2009).

A própria tendência da natureza humana contribui para essa mutação constante das relações familiares. Em particular, a evolução da família tradicional,

singularmente caracterizada, passou por várias fases, até expressar-se sob várias modalidades de agrupamentos familiares. Hoje, já não se fala mais em família, no singular, mas em famílias, dada a pluralidade de tipos familiares existentes.

A idéia de união estável, duradoura, preservando as noções gerais de coabitação, assistência recíproca, relacionamento afetivo e sexual, lealdade e respeito mútuos, num cenário que não atendesse às formalidades e exigências próprias ao casamento, ocorre desde tempos imemoriais e, seguramente, antecederam ao matrimônio. De fato, faz-se referência a esse tipo de instituição na Grécia e em Roma, em circunstâncias nas quais, segundo Monteiro (1992, p. 16), não se atribuía a tal estado de fato críticas ou desfavores: “Na Grécia, não implicava em desonra para os que assim conviviam. Em Roma, justificava-se pela impossibilidade prática de que o casamento ocorresse, em especial, pelas barreiras impostas pelas diferenças entre as classes sociais”.

O combate direto e claro a esse modo de convivência, conforme relembra Scaff (2008, p. 83);

Surgiu especificamente a partir das lições de doutrinadores da Igreja – em especial Santo Agostinho e Santo Ambrósio – para os quais cumpria aos cristãos seguir e prestigiar o matrimônio, sacramento formalmente instituído no seio da religião católica.

De igual modo, relacionamentos afetivos paralelos ao casamento (concubinato) sempre existiram, sendo estes considerados atentatórios à moral e aos bons costumes, em razão do impedimento existente.

A despeito de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes quanto à matéria, considera-se que a união estável e o concubinato são institutos distintos. Esta distinção revela-se clarividente ao se analisar o novo Código Civil e, também, o texto constitucional.

Compulsando o Código Civil, verifica-se na dicção do artigo 1.727 que, o legislador definiu o concubinato como sendo as relações não-eventuais (logo, permanentes) entre o homem e a mulher impedidos de casar. Este artigo foi inserido no final do título que regula a união estável.

Depreende-se do texto legal ser a união estável relação lícita entre homem e mulher que vivem como se casados fossem, e apenas não se casaram por uma opção particular ou por algum impedimento momentâneo, enquanto o

concubinato seriam as relações entre homem e mulher impedidos de casar, sendo ilícita tal relação.

Ao elevar a união estável a um casamento de fato, tanto o Código Civil quanto a Constituição Federal reforçam a tese de que é um erro confundir este instituto com o concubinato.

União estável ou concubinato puro é a convivência não-adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo assim sua família de fato, caracterizando-se por não poder haver impedimentos à realização do casamento, tais como os previstos no artigo 1.521 do Código Civil de 2002, *verbis*:

Art. 1.521. Não podem casar:

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

Outros requisitos caracterizadores da união estável afirmam ser dispensável a convivência sob o mesmo teto, comum ao casamento, de acordo com a Súmula nº. 382 do Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>.

O concubinato impuro, adulterino ou desleal, por sua vez, decorre da situação de pessoa casada que mantém um vínculo afetivo com terceira pessoa, conhecedora ou não da situação. Daí a impossibilidade de ser caracterizar a união estável, conforme entendimento jurisprudencial da lavra do STJ:

Ora, com o maior respeito à interpretação acolhida no acórdão, não enxergo possível admitir a prova de múltipla convivência com a mesma natureza de união estável, isto é, “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O objetivo do reconhecimento da união estável e o reconhecimento de que essa união é entidade familiar, na minha concepção, não autoriza que se identifiquem várias uniões estáveis sob a capa de que haveria também uma união estável putativa. Seria, na verdade, reconhecer o impossível, ou seja, a existência de várias convivências com o objetivo de constituir família. Isso

<sup>1</sup> STF, Súmula n. 382: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.



levaria, necessariamente, à possibilidade absurda de se reconhecer entidades familiares múltiplas e concomitantes. (STJ, REsp 789.293/RJ, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, J. 16.02.2006).

Alinhada ao pensamento do Ministro Carlos Alberto do STJ está a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como se vê:

DIREITO DE FAMÍLIA – APELAÇÃO – AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – CONCUBINATO DESLEAL – PEDIDO IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO – O concubinato desleal não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, pois a manutenção de duas uniões de fato, concomitantes, choca-se com o requisito de respeito e consideração mútuos, impedindo o reconhecimento desses relacionamentos como entidade familiar, uma vez caracterizada a inexistência de objetivo de constituir família, e da estabilidade na relação. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0384.05.039349-3/002, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Diniz, J. 21.02.2008).

Apesar da revolução social impulsionada pela Carta Magna no sentido de reconhecer as uniões de fato, ainda vige na legislação pátria o princípio da monogamia das relações afetivas. Portanto, não se admite a existência de um casamento civil e uma união estável ao mesmo tempo, constituindo-se na verdade um concubinato impuro (união extraconjugal).

É considerado, então, concubinato impuro o relacionamento em que há impedimento matrimonial. Assim, mesmo que a relação possua os requisitos da união estável, é classificada como concubinato, uma vez que um de seus participantes já é casado ou possui outra união estável, não estando separado de fato ou judicialmente como excepciona o art. 1.723 do Código Civil no seu parágrafo primeiro<sup>2</sup>.

Para Maria Berenice Dias (2006), há uma possibilidade de reconhecer um concubinato impuro como união estável, caso a terceira pessoa não seja conhecedora do casamento.

A diferença centra-se exclusivamente no fato da mulher ter ou não ciência de que o parceiro se mantém no estado de casado ou tem outra relação

<sup>2</sup> Art. 1.723. 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.

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

concomitante. Assim, somente quando a mulher é inocente, isto é, afirma não ser sabedora de tal situação, há o reconhecimento da boa fé e se admite o reconhecimento de união estável, com o nome de união estável putativa. (DIAS, 2006).

Nessa perspectiva, caso o componente da segunda relação tenha consciência do impedimento do seu parceiro, age de má-fé e, por isso, seu relacionamento é denominado concubinato impuro. No entanto, se a pessoa não souber do impedimento de seu par, e se envolver de boa-fé, sua relação é chamada de concubinato puro, situação em que é possível o reconhecimento como união estável putativa. Entende-se, então, que a boa-fé retira a ilicitude de seus atos, uma vez que o sujeito ignora determinada situação.

É salutar lembrar, portanto, que o concubinato impuro não tem, em princípio, seus direitos reconhecidos pelo Direito de família, pois ausente o elemento boa-fé. Ambos os envolvidos têm conhecimento do impedimento matrimonial de um deles, ou de ambos.

Carlos Eduardo Pianovski (2006, p. 194), escreve acerca da simultaneidade das relações e da competência do direito de família:

A simultaneidade de conjugalidade é tema que, embora suscite perplexidades, não é alheio ao direito de família. Identificar limites e possibilidades da apreensão jurídica e da atribuição de eficácia a situações de tal natureza implica a necessidade de enfrentar questões pertinentes ao universo principiológico que permeia esse ramo do direito. Dentre as questões candentes a demandar análise está a eventual oposição de óbices decorrentes de um possível princípio da monogamia.

Mesmo sendo um assunto que cause divergência, os relacionamentos concomitantes devem ser tratados pelo direito de família, cabendo analisar caso a caso, adequando, sempre que possível, os fatos às normas jurídicas, tendo em vista a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se espraia por todo o ordenamento vigente (PIANOVSKI, 2006).

Adiante serão expostas três correntes relativas à possibilidade da inserção das relações paralelas ao casamento no direito de família.

### **2.3 Da (Im) Possibilidade de Incidência das Regras do Direito de Família nas Relações Extraconjugais.**

A primeira linha de pensamento jurídico acerca da tutela das relações extraconjugais direciona a matéria ao campo do direito obrigacional, não reconhecendo a competência do direito de família, uma vez que preexiste uma entidade familiar, sendo irrelevante o elemento boa-fé e, segundo este posicionamento, o direito das obrigações é competente até mesmo para a união estável putativa.

Na linha contrária a este entendimento, a segunda corrente afirma que o direito de família não protege as uniões estáveis paralelas, abrangendo as putativas, pois há a boa-fé, ou seja, ausência de malícia e, por isso, merecem ser tratadas como entidade familiar. Corroborando esta concepção, Rolf Madaleno (2004, p. 71), afirma com veemência que:

(...) o concubinato adulterino não configura uma união estável, como deixa ver estreme de dúvidas o art. 1.727 do Código Civil. Não ingressam nesta afirmação os concubinatos putativos, quando um dos conviventes age na mais absoluta boa-fé, desconhecendo que seu parceiro é casado, e que também coabita com o seu esposo, porquanto a lei assegura os direitos patrimoniais gerados de uma união em que um dos conviventes foi laqueado em sua crença quanto à realidade dos fatos.

Dessa forma, as uniões paralelas estariam vedadas, por ferirem o sistema monogâmico e comprometerem a estabilidade da sociedade. No entanto, sempre que um dos parceiros agir de boa-fé, sua relação será equiparada à união estável.

Álvaro Villaça Azevedo (2001, p. 211), analisa a questão da seguinte maneira:

Concubinato impuro ou concubinagem não deve merecer apoio dos órgãos públicos e, mesmo, da sociedade. Entendemos, ainda, que deste não deve surtir efeito, a não ser o concubinato de boa-fé, como acontece, analogamente, com o casamento putativo, e para evitar-lhes locupletamento ilícito.

Demais disso, além das uniões paralelas não merecerem o reconhecimento do direito de família, a sociedade também deve rejeitar ditas relações, por atingirem a base de sustentação da família, a monogamia. Apesar da crise do sistema monogâmico e da maior aceitação das relações paralelas, tendo em vista até mesmo a descriminalização do adultério, a união estável paralela continua excluída do direito de família (AZEVEDO, 2001).

De acordo com a segunda corrente, deve ser abrangida pelo direito

obrigacional, como defende Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 233):

O concubinato, assim considerado aquele adúltero ou paralelo ao casamento ou a outra união estável, para manter-se a coerência no ordenamento jurídico brasileiro – já que o Estado não pode dar proteção a mais de uma família ao mesmo tempo, poderá valer-se da teoria das sociedades de fato e, portanto, no campo obrigacional.

Na pretensão de evitar injustiças, tal posicionamento entende que, apesar de não poder ser reconhecida como entidade familiar, as uniões paralelas não podem ser ignoradas e trazer prejuízos; por isso, devem ser equiparadas às sociedades de fato e, no caso de dissolução, realizada a partilha do patrimônio adquirido em conjunto.

Existe, porém, a terceira corrente, mais ousada, que diverge da equiparação das relações paralelas às sociedades de fato, entendendo-as como família e merecendo, por isso, tratamento pelo direito de família e denominação de entidade familiar.

O não reconhecimento das uniões paralelas, para esta corrente, vai contra o disposto pela Constituição Federal e fere seus princípios. Não haveria motivo para deixar de analisar as relações concomitantes no âmbito do direito de família, pois a Constituição Federal não é taxativa, apenas exemplificativa, com relação aos modelos familiares.

Neste sentido, não se admitiria fingir ser a relação familiar uma sociedade de fato, não existindo proibição expressa da Constituição Federal de diferentes tipos de entidades familiares. Pelo contrário, vige o princípio da pluralidade delas.

A união estável não tem como pressuposto a exclusividade, tampouco o dever de fidelidade, o que leva a crer que o Estado tem o dever de admitir as uniões paralelas como entidade familiar, desde que configurados os requisitos para o reconhecimento da união estável. (DIAS, 2006).

A manifestação afetiva, pois, não é necessariamente exclusiva. Ademais, não importa para o direito impor tipos padrões de comportamentos, pois enquanto houver desejo irão se manifestar relações familiares, entenda-se, entidades familiares divergentes daquelas estabelecidas aprioristicamente, de sorte que não há como aprisionar o afeto, restringindo-o às relações de casamento, de união estável e à entidade monoparental. O pluralismo das entidades familiares impõe o reconhecimento de outros arranjos familiares além dos expressamente previstos

constitucionalmente (ALBUQUERQUE FILHO, 2007).

Não cabe, então, ao Estado, negar a realidade e pretender que a concomitância de relações seja algo distante do direito de família. Sabe-se que a família tem papel fundamental para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana e que negar seu reconhecimento gera um retrocesso social com descumprimento de preceitos fundamentais da própria Constituição Federal.

### 3 ASPECTOS GERAIS DAS RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS: HISTÓRICO, CONCEITO E REPERCUSSÃO JURÍDICA.

#### 3.1 Antecedentes Históricos do Concubinato.

##### 3.1.1 Antiguidade.

Não há equívoco em afirmar que a maioria das sociedades antigas rejeitou o concubinato. Afinal, o momento da união entre o homem e a mulher surgiu para regular a situação econômica, concernente à transmissão patrimonial. Qualquer estigma de infidelidade é rechaçado, principalmente no com relação à transmissão sucessória e sua insegurança. Por esse motivo, pondera KUMPEL (2008), os povos antigos tenderam da poliandria (casamento de uma mulher com vários homens, ex.: tribos do Tibete), instituto raro já na antiguidade, e da própria poligamia (casamento de várias mulheres com um homem), para a monogamia.

Na medida em que a concepção de propriedade se aperfeiçoa, os homens passam a diferenciar as mulheres entre esposas e concubinas para privilegiar alguns filhos em detrimento de outros. Nesse contexto, a esposa era a mulher principal, garantida em direitos, e sua prole era prestigiada, herdando o patrimônio transmitido, enquanto as outras mulheres concubinas eram secundárias, vivendo à margem de direitos.

A Babilônia, conforme se verifica no Código de Hamurabi, adotou a monogamia, com rígida fidelidade conjugal. O adultério era punido com a morte por afogamento no rio, e a mulher poderia ser repudiada pelo marido, que a lançava totalmente despida na rua. Se o adultério fosse masculino, a pena de morte só era aplicada se a mulher fosse também casada. O homem podia, portanto, ter concubina juntamente com a esposa, só não podia se relacionar com a mulher do próximo, sob pena de morte. (KUMPEL, 2008).

Em Roma, as relações extraconjugais eram punidas como *stuprum* ou *adulterium*, havendo presunção de que as pessoas as quais se encontrassem unidas eram efetivamente casadas, sendo necessária a prova da ilicitude da relação para gerar sanção. (KUMPEL, 2008).

##### 3.1.2 Período medieval e idade moderna.

No período chamado “A Renascença de Roma” (1378-1521), houve um abandono moral. Esse fato ocorreu porque uma grande parcela da população parou de crer na origem divina do código moral, de maneira que os mandamentos perderam eficácia, declinando a noção do pecado e do sentimento de culpa. A prostituição tornou-se uma prática generalizada e o casamento apenas uma forma de manter a propriedade no âmbito da família. (KUMPEL, 2008).

Passados mais de cem anos, tendo a Europa sofrido sólida influência da Reforma de Lutero à Contra Reforma do Concílio de Trento, o quadro social e familiar também sofreu forte transformação. A noção de moral passa a estar atrelada à de bom costume. Houve forte afluxo puritanista, que pregava rigor familiar. Passou-se por período de intensa imposição da teologia e da ética dos puritanos, pregando-se virtude, piedade e fidelidade conjugal. Esse período foi marcado por intensa infidelidade conjugal, tanto dos maridos quanto das esposas. Ocorre, a partir desse momento, uma mudança comportamental, na medida em que os casamentos por amor passaram a ser valorizados e, graças a isso, aumentou o respeito entre os cônjuges. (KUMPEL, 2008).

Na França do século XVIII, por volta de 1780, segundo Durant o adultério florescia e era tolerado. Os enciclopedistas, ao distinguirem o verbo unir do verbo ligar, citavam o seguinte aforismo: “Estamos unidos à nossa esposa e ligados à nossa amante”. Com o surgimento do Código Napoleônico, que restringia a liberdade individual, reacendeu-se a noção de família e de casamento, restabelecendo a plena autoridade do marido sobre os filhos e os bens da esposa (KUMPEL, 2008).

É certo, todavia, que dentre as várias espécies de uniões livres entre homens e mulheres, desde cedo se buscou o reconhecimento social daqueles relacionamentos caracterizados pela continuidade, durabilidade no tempo e que ostentassem status de família.

### 3.1.3 Brasil.

Assinalam os estudiosos que as uniões livres constituíam-se em prática disseminada por toda a sociedade colonial brasileira. Tendo deixado suas mulheres para trás, os portugueses assumiam tais relacionamentos assim que chegavam ao país, acentuando-se que essa rotina transformou o casamento em exceção e o

concubinato em prática comum (JUNIOR, 2008).

Lourival Serejo (2009, p. 195), relata: “mesmo os portugueses que vinham com suas esposas mantinham escravas como concubinas dentro ou fora de casa”. Cita ainda a luta dos padres da Companhia de Jesus para impor a moral católica contra a poligamia entre os ameríndios e os portugueses: “Entre o pecado e o crime, o concubinato manteve-se no período colonial como outro modo de constituir família”. A esse propósito, Fernando Torres-Londono (1999, p. 104), aduz o seguinte:

Os casados podiam encontrar no concubinato relações para satisfazer as necessidades eróticas e afetivas não preenchidas nos matrimônios de conveniência. Aceitos até pelas esposas, sempre que se respeitasse seu status e seus bens, esses concubinatos serviam para arejar as tensões e insatisfações do matrimônio.

Machado de Assis no seu famoso conto *A missa do galo*, narra com ironia uma cena familiar do século XIX, conforme remissão de João César de Castro Rocha (2008, p. 199):

Nunca tinha ido ao teatro, e mais de uma vez, ouvindo dizer ao Meneses que ia ao teatro, pedi-lhe que me levasse consigo. Nessas ocasiões, a sogra fazia uma careta e as escravas riam à socapa; ele não respondia, vestia-se, saía e só retornava na manhã seguinte. Mais tarde é que eu soube que o teatro era um eufemismo em ação. Meneses trazia amores com uma senhora, separada do marido, e dormir fora de casa uma vez por semana. Conceição padecera, a princípio, com a existência da comborça; mas, afinal, resignara-se, acostumara-se, e acabou achando que era muito direito.

Considere-se que, sob a ótica da sociedade colonial e perante o Tribunal Episcopal que se constituía na instância judiciária da ordem católica, o concubinato era considerado delito perante a Igreja. Tal prática era repudiada e tida como criminosa, conforme se vê bem retratado no livro V das Ordenações Filipinas, no capítulo que trata dos barregueiros casados e suas barregãs:

E a mulher que estiver por manceba teúda e manteúda de algum homem casado, pela primeira vez seja açoitada pela vila com baraço e pregão, e degredada por um ano para Castro-Marim e mais pagará a metade da quarentena que seu barregão deveria pagar, se pelo malefício condenado fosse. (LARA, 1999).

O Código Criminal do Império, segundo informa Serejo (2009), já trouxe



uma punição mais branda, ao prever que, se o homem casado tiver concubina, *teúda* e *manteúda*, será punido com a pena de prisão, com trabalho por um a três anos.

A historiadora Leila Mezan Algranti, citada por Serejo (2009), refere que:

Trabalhos recentes e de grande importância para a historiografia colonial apontaram para a preponderância das relações conjugais não sacramentadas no Brasil durante este período. Os matrimônios legítimos, por sua vez, contraídos na observância das leis da Igreja, foram considerados como algo restrito à elite branca, que detinha os meios de produção e ocupava cargos públicos.

Conquanto uma constante desde os primeiros tempos da humanidade, o amásio, a barreguice, a concubinação, a camborçaria, a mancebia, enfim, o concubinato foi sempre alvo de crítica, quer da moral social, caracterizada pelo disse-me-disse das ruas, quer dos códigos em vigor. No entanto, aceito em meio à hipocrisia constante das sociedades. (KUMPEL, 2008).

É evidente que na perspectiva de evitar a desintegração da família fundada no matrimônio, inúmeras sanções religiosas e civis são impostas aos adúlteros. O adultério, inclusive, chegou a ser considerado crime, capitulado no então revogado art. 240 do Código Penal Brasileiro. Contudo, essa entidade social fundamental passou por inevitáveis conflitos morais que a fragilizaram de modo a comprometer a sua existência com respeito e dignidade, nos mesmos padrões de outrora.

A mutação dos valores acabou por manter o concubinato fora da órbita penal e, atualmente, por descriminalizar o adultério (SEREJO, 2009).

A Constituição Federal, assimilando a flexibilização das relações humanas pós-modernas, inaugurou uma nova fase no contexto jurídico brasileiro, em que o casamento monogâmico deixou de ser o elemento identificador da família, elevando as realidades de fato à condição de entidades familiares protegidas pelo Estado.

Todavia, o princípio da monogamia permaneceu vigente até mesmo para as supramencionadas uniões, sendo punível pelo ordenamento jurídico a prática da bigamia, de acordo com o art. 235 do Código Penal Brasileiro. Apesar de não constar expressamente em nenhum dispositivo, a monogamia é regra do nosso sistema legal. Logo, só é permitido ao brasileiro manter um casamento em vigor.

### **3.2 Efeitos Jurídicos ao Concubinato Adulterino: a Relativização da Monogamia.**

A dinâmica da vida, inegavelmente, impulsiona a dinâmica legislativa, e nessa ordem, sabendo que as leis são duráveis, porém, não imutáveis, o sistema normativo precisa seguir os passos da evolução cultural, econômica, tecnológica e social. O Direito de Família hodierno deve, portanto, ser uma construção em contínuo amadurecimento, capaz de alcançar os fatos sociais, assimilando os valores da família pós-moderna dentro do preceito da moral, do respeito e dos bons costumes, mediante um processo de adaptação e superação de tabus.

A Carta Constitucional de 1988 avançou na promoção da dignidade da pessoa humana, elegendo a união estável e a família monoparental à condição de entidades familiares protegidas pelo Estado. Entretanto, por afrontar o princípio da monogamia das uniões afetivas e em razão do preconceito arraigado no seio social, não cuidou das relações adulterinas estáveis, rotineiras e duradouras, estabelecidas paralelas ao casamento, que muitas vezes constituem famílias de fato, com prole, patrimônio e laços afetivos.

Negar a existência de lares extraconjugais pode representar o retrocesso a uma perspectiva equivocada das sociedades antigas, cuja maioria refugava e punia o concubinato adulterino. O princípio da fidelidade já não é venerado absolutamente, considerando-se a impossibilidade da lei obstar o surgimento de vínculos afetivos paralelos ao casamento.

Fiel ao regime monogâmico das relações conjugais, o Código Civil impede que se unam pelo matrimônio pessoas que sejam civilmente separadas, ao menos enquanto não for extinto o vínculo conjugal, pela morte, pelo divórcio ou pela invalidade judicial do matrimônio. O casamento brasileiro é essencialmente monogâmico, tanto que a bigamia é tipificada como infração criminal, passível de reclusão, só podendo a pessoa recasar depois de dissolvido o seu vínculo de casamento.

A esse respeito escreve Silvio Rodrigues (2004, p. 44), que “a família ocidental se assenta no casamento monogâmico, sendo violenta a reação do legislador à bigamia, manifestando-se, no campo civil, por meio do impedimento para um segundo casamento”.

Rolf Madaleno (2010, p. 127), ao tratar das uniões paralelas, conclui:

Em que pesem os julgados e a consistente doutrina admitindo o reconhecimento de efeitos jurídicos para a duplicidade de relações afetivas, no meu modo de entender devem ser afastadas do Direito de Família as relações poliândricas ou poligâmicas, quer preexista casamento ou apenas uma precedente união estável, nada diferenciando o fato de o indivíduo ser ou não civilmente casado com outra mulher e com a qual convive em dupla união. A união livre, para ter validade jurídica, não ficou dispensada da monogamia.

Constatou-se, entretanto, que apesar da ínfima violação do princípio da monogamia, homens e mulheres transgridem deliberadamente os deveres de fidelidade, lealdade, respeito e consideração mútuos, estabelecidos pelo Diploma Civil Substantivo Pátrio, estabelecendo vínculos afetivos fora do casamento, apesar da repulsa do legislador e do preconceito arraigado no seio social de reconhecer, aceitar e conviver com a infidelidade conjugal. O Direito, diante disso, revelou-se incapaz de disciplinar e impor limites às questões afetivas, que dizem respeito à vida matrimonial.

Segundo afirma Gagliano (2008), o Estado, à luz do princípio da intervenção mínima, não poderia, sob nenhum pretexto, impor coercitivamente a todos os casais a estrita observância da fidelidade recíproca.

Nos dias de hoje, as relações paralelas ao casamento atingem indistintamente as famílias, associadas às crises no matrimônio (amorosas e financeiras), à busca da verdadeira felicidade ou ao prazer relacionado ao sexo.

Trata-se de uma realidade nascente, não existindo previsão legal que reconheça qualquer efeito jurídico às relações concubinárias. A legislação vigente preocupou-se apenas em definir o concubinato como relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, não providenciando maiores cuidados concernentes à matéria.

Porém, em todo o país, pela força da realidade social e reiteração de casos, é cediço o crescimento do número de ações judiciais reclamando tutela jurisdicional aos amantes, sob a guarda dos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação ao enriquecimento sem causa. Permanecendo o legislador inerte, talvez amedrontado pela reação social diante da agressão à família natural, o Poder Judiciário é instado a se manifestar.

De sorte, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional

disponível estão sendo interpretadas pelos juristas no escopo de prestar efetiva assistência à população, ora reconhecendo, ora negando efeitos jurídicos às relações extramatrimoniais, de modo a instalar um clima de insegurança e incerteza na sociedade diante da inexistência de limites legais.

Negar a existência dos lares paralelos poderá representar retrocesso, como da mesma maneira significar avanço. Depende do olhar jurídico, pois convergências e divergências são características inerentes ao dinamismo do direito.

Indubitavelmente, se está diante de um novo momento da valorização da dignidade da pessoa humana impondo a reconstrução de um sistema jurídico muito mais atento aos aspectos pessoais do que às estruturas sociais, as quais buscam engessar o agir a padrões pré-estabelecidos de comportamento.

A Justiça brasileira vem se mostrando sensível ao reconhecimento de efeitos jurídicos às relações concubinárias, apesar de o princípio da monogamia ainda constituir-se preceito básico e organizador das relações jurídicas da família, demonstrando flagrante conflito, merecedor de debates e esclarecimentos.

Atualmente, o concubinato de pessoa casada e não separada de fato constitui sociedade de fato, surgida de um relacionamento adulterino estável, rotineiro, duradouro. Sucedendo a aquisição de bens, por não se tratar de uma entidade familiar constitucional, por afrontar o princípio da monogamia das uniões afetivas, esta relação deve ser disciplinada pelo Direito das Obrigações com vistas a inibir o enriquecimento indevido. No entanto, não se trata de um ponto de vista pacífico, tampouco unânime (MADALENO, 2008).

O Des. Luiz Felipe Brasil Santos se posicionou em outro sentido:

Divirjo profundamente desta premissa porque, ao contrário, o Novo Código veda expressamente o concubinato adulterino, não apenas em um, mas em três artigos. Veja-se o art. 550 do Novo Código, que veda doações do adúltero ao seu cúmplice, sendo o prazo de dois anos para a sua anulação; art. 1.642, inc. V, que autoriza que o cônjuge reivindique os bens doados ou transferidos pelo outro ao concubino, sem que para esta reivindicação necessite de autorização do outro, e, terceiro dispositivo, o art. 1.801, inc. III, que proíbe expressamente que o concubino de testador casado seja nomeado herdeiro ou legatário. Ora, se desses dispositivos não se extrai a vedação do concubinato, que no Código só é o concubinato adulterino, não atino o que seja vedação. (TJRS, AC 750005330196, 7ª C. Cív., Rel. Maria Berenice Dias, J. 07.05.2003).

Alguns Tribunais tendem a reconhecer o concubinato adulterino como

sociedade de fato, aplicando a inteligência da Súmula 380<sup>3</sup> do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, encontram-se decisões que demonstram o lado familiar do concubinato adúltero. Como exemplo, transcreve-se as palavras do Des. Orlando Carvalho, nos autos da Apelação Cível n.º 133.065/3<sup>4</sup>, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicado em 30-3-99: "O que a lei e a Constituição não contemplam é o concubinato adúltero concomitante ao casamento mantido, resultando bigamia defesa".

Pereira (2004), por seu turno, acredita que conferir efeitos jurídicos ao concubinato adúltero significa quebrar o sistema jurídico pátrio fundado no princípio da monogamia, sendo um paradoxo para o Direito proteger as duas situações concomitantemente.

Com efeito, nem mesmo a presença do princípio da monogamia tem impedido que se faça o reconhecimento estatal do concubinato adúltero. O sistema monogâmico está sendo relativizado a bem da justiça, visto a complexidade das relações familiares não compactua com uma visão fechada e preconceituosa em nome de uma moralidade excludente. Todavia, em determinados julgados afasta-se o afeto para se falar em relação comercial, abrigada sob o manto do direito das obrigações.

É válido ressaltar que para a legislação casamentos múltiplos ainda são vedados porque tal prática não se coaduna com a cultura brasileira, apesar da crise no sistema monogâmico ora retratada.

### **3.3 Concubinato: Entidade familiar ou Sociedade de Fato?**

A fidelidade figura seguramente entre os deveres inerentes ao casamento. Embora haja apenas distinção terminológica para o propósito monogâmico das relações afetivas no mundo do ocidente, a expressão fidelidade é utilizada para identificar os deveres do casamento, sendo incontroverso o seu sentido de ressaltar um comportamento moral das pessoas casadas, que têm o dever de preservar a exclusividade das suas relações como casal (MADALENO, 2010).

<sup>3</sup> Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

<sup>4</sup> Disponível em: < [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>.

Induvidosamente, a mais grave das violações dos deveres do casamento passa pela infidelidade, pois respeita séria injúria e grave ameaça à vida nupcial, ferindo o sentimento que dá suporte à relação monogâmica afetiva do casal. A fidelidade supõe exclusividade do débito conjugal, pois, cada cônjuge renuncia à sua liberdade sexual.

Conforme o § 1º do artigo 1.723 do Código Civil, o casamento precedente, sem ao menos uma separação de fato, impede a constituição legal de outra união concomitante. Segundo anota Lourival Silva Cavalcanti (2003, p. 98), o adultério como uma transgressão do dever de fidelidade conjugal só faz sentido enquanto o casamento se mantém íntegro, perdendo totalmente o significado na hipótese de ruptura do matrimônio.

A despeito, no entanto, do dever de fidelidade e do princípio da monogamia, tem sido cada vez mais frequente deparar com decisões judiciais reconhecendo direitos às uniões paralelas ao casamento, perfilhando todos os direitos pertinentes ao casamento, como se fosse possível manter dois casamentos em tempo integral, sob o influxo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Senão vejamos a ementa da decisão proferida nos autos da Apelação Cível n. 70010787398 da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde figurou como relator o Desembargador Luiz Felipe Brasil:

União estável. Reconhecimento. Duplicidade de células familiares. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja digna de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo. (Apelação Civil nº 70010787398/TJRS. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 13/04/2005. Acesso em: 11 out. 2008)

Mas, o pensamento não é consenso no mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que afastou qualquer efeito jurídico à dúplice união, na decisão da Apelação Cível n. 597206499, cujo relator foi o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcelos, com a seguinte ementa:

Afeto não tem expressão econômica e relação sexual constitui troca e não serviço, sendo, ademais, grandezas incompensáveis pela nobreza que encerram, porque dizem respeito a sentimentos, o que transcende a limitação econômica. Houve concubinato adúltero insuscetível de gerar efeitos, pois o Direito de Família pátrio não admite bigamia. (TJRS – 7ª Câmara. – Apelação Cível n. 597206499 – Rel. Sérgio Fernando de

Vasconcellos Chaves – j. 17.12.1997).

Como visto, os julgados ora reconhecem efeitos jurídicos às uniões dúplices, ora negam tais efeitos. A verdade é que a relação adúltera configura sem dúvida um fato social, capaz de hoje gerar efeitos no plano dos direitos das obrigações ou no direito de família. Daí a necessidade de realinhar a postura do Poder Judiciário através de uma legislação específica sobre os rumos dos direitos decorrentes das relações extraconjugais.

Não há mais como mascarar uma realidade imposta diante da sociedade, tendo doutrina e jurisprudência de criar artifícios para ampará-la. É dever do Estado a proteção da segurança jurídica para assegurar a legitimidade das suas decisões. O ordenamento pátrio deve, pois, acompanhar o grau de desenvolvimento alcançado nas relações humanas.

Ressalte-se, porém, que aqui não se está a defender a poligamia ou a desvalorização do dever de fidelidade, mas a necessidade da regulamentação legal de uma realidade marginalizada e que bate à porta do Poder Judiciário reclamando a tutela jurisdicional, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana vem se mostrando sensível no reconhecimento de efeitos jurídicos às relações concubinárias adúlteras, apesar de o princípio da monogamia ainda constituir-se preceito básico e organizador das relações jurídicas da família brasileira

Faz-se necessária a definição dos direitos inerentes aos relacionamentos paralelos, deixando a hipocrisia e o preconceito para trás. Seja através do campo do direito obrigacional ou familiar, salutar e essencial é mesmo a promoção da justiça.

Se agora ninguém mais identifica como família o relacionamento sacralizado pelo matrimônio, se o conceito de família alargou-se para albergar os vínculos gerados exclusivamente da presença de um elo afetivo, mister concluir-se que o amor tornou-se um fato jurídico, passando a merecer a proteção legal.

#### **4. REGULAMENTAÇÃO DO CONCUBINATO COMO CONDIÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA.**

##### **4.1 Divergências Doutrinárias e Jurisprudenciais Quanto aos Efeitos Jurídicos das Relações Extraconjugais.**

Amante, companheira e concubina. Conforme se aponta, são muitos os conceitos sobre a mulher que mantém relacionamento com um homem casado, que sustenta uma vida dupla. As relações extraconjugais trazem em si questões jurídicas que exigem definições e decisões do Poder Judiciário. No Brasil, a doutrina e a jurisprudência, durante longo período de tempo não reconheciam qualquer direito aos concubinos. Porém, essa falta de regulamentação não obstou o surgimento de tais relações, deparando-se os Tribunais brasileiros com um número crescente de demandas pretendendo reconhecimento de efeitos decorrentes do concubinato.

Neste contexto, a solução encontrada pelo Direito Civil conservador e patrimonialista foi se utilizar do instituto do Direito das Obrigações, assim como fez o direito Francês, atribuindo-se ao afeto caráter patrimonial e monetário. Adiante, trazemos à colação posições doutrinárias e decisões judiciais que se colocam de forma divergente quanto ao tema vergastado, no escopo de possibilitar ampla visualização do conflito.

Wolf *apud* Madaleno (2010, p.128), escreve que não constitui família quem mantém um relacionamento à margem do casamento e prossegue residindo com o cônjuge e com os filhos. Portanto, a existência de uma união concomitante a um casamento sempre representará uma relação de total adultério, de acordo com o autor. Esse entendimento se sobressaiu no julgamento do Resp 684407/RS:

CIVIL - FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE MULHER E HOMEM CASADO, MAS NÃO SEPARADO DE FATO - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO ARTIGO 226, § 3º, DA MAGNA CARTA - MATÉRIA AFETA AO STF - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO ÀS LEIS 8.971/94 E 9.278/96 - SÚMULA 284/STF - INFRINGÊNCIA À DISPOSITIVOS DA LEI 10.406/02 - FATOS OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ANTERIOR - INCIDÊNCIA DESTA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - COMPROVAÇÃO. (STJ, Resp 684407/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 27/06/2005)

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido invariavelmente afastar qualquer efeito jurídico ao duplo e paralelo relacionamento afetivo, sem nenhuma



indicação de separação de fato do cônjuge adúltero, como pode ainda ser conferido a seguir:

Direito Civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido. A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que este o companheiro separado de fato, enquanto a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade da relação conjugal e do concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. Não há, portanto, como ser conferido status de união estável à relação concubinária concomitante ao casamento válido. Recurso especial provido. (REsp. n. 931.155/RS da 3ª Turma do STJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, em julgamento ocorrido em 07 de agosto de 2007).

Em outro caso, julgado pelo STJ, o Ministro Feliz Fischer fundamentou relatório na mesma linha de pensamento:

Pensão por morte – rateio entre a concubina e a viúva – impossibilidade. Ao erigir à condição de entidade familiar a união estável, inclusive facilitando a sua conversão em casamento, por certo que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não contemplaram o concubinato, que resulta de união entre homem e mulher impedidos legalmente de casar. Na espécie, o acórdão recorrido atesta que o militar convivia com sua legítima esposa. O direito à pensão militar por morte, prevista na Lei nº 5.774/71, vigente à época do óbito do instituidor, só deve ser deferida à esposa, e não à concubina. (STJ – Resp. 813.175-RJ – Acórdão COAD 123382 – 5ª Turma – Rel. Min. Felix Fischer – Publ. em 29-10-2007).

Esses posicionamentos fazem parte de uma corrente de pensamento jurídico que nega efeito jurídico às relações extraconjugais, considerando tratar-se de uniões reprovadas pelo ordenamento jurídico. Não há como encontrar conceito de lealdade nas uniões plúrimas, pois a legitimidade do relacionamento afetivo reside na possibilidade de a união identificar-se como uma família, não duas, três ou mais famílias, preservando os valores éticos, sociais, morais e religiosos da cultura ocidental, pois em contrário, permitir pequenas transgressões das regras de fidelidade e de exclusividade, que o próprio legislador impõe, seria subverter todos os valores que estruturam a estabilidade matrimonial e que dão estofamento, consistência e credibilidade à entidade familiar, como base de sustento da sociedade. (MADALENO, 2010)

A possibilidade surgida é no caso do concubino estar separado de fato da

esposa, quando será possível o reconhecimento de uma sociedade de fato, visando evitar o locupletamento indevido naquilo pertinente aos bens comuns, afastada a competência do direito de família.

Contudo, nem sempre os casos de uniões extraconjugais encontram amparo jurídico nos Tribunais, como se vê adiante:

União estável. Relacionamento paralelo ao casamento. Ausência de affectio maritalis. Pedido de alimentos descabido. Mesmo que o relacionamento tenha perdurado no tempo, não configurou união estável, cuja característica é a de assemelhar-se ao casamento, indicando uma comunhão de vida e de interesse, que sugere a existência de affectio maritalis e também o propósito de edificar uma família. Não é possível reconhecer união estável paralela ao casamento, e o concubinato adúltero não tem proteção legal. O mero relacionamento afetivo e sexual, clandestino e sem vida comum, não agasalha pedido de alimentos. Recurso desprovido. (Apelação Cível nº 70002522027, da 7ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. em 13.06.2001, RJTJRS 213/385).

E, para demonstrar que a avaliação dos direitos da concubina é feita caso a caso destacamos o seguinte julgamento proferido pelo mesmo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mas com outra visão:

Pensão por morte – rateio. A existência de impedimento para se casar por parte de um dos companheiros, como, por exemplo, na hipótese de a pessoa ser casada, mas não separada de fato ou judicialmente, obsta a constituição de união estável. Nossa sociedade se pauta nos princípios da monogamia, fidelidade e lealdade, que se encontram não apenas na ética ou na moral, mas que são imposições legais de nosso ordenamento jurídico. Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo para que se divida, em definitivo, a pensão de morte entre a viúva e a concubina; pesando as circunstâncias fáticas e as de direito, concludo, com base na equidade, no livre convencimento e no princípio da igualdade material, pelo rateio da pensão no percentual de 70% para a esposa e 30% para a concubina. (TRF-2ª Região – AI 2005.51.01.516495-7 – 2ª Turma Especial – Rel. Des. Messod Azulay Neto – Publ. em 30-8-2007).

Outra visão jurídica acerca dos efeitos das uniões paralelas é de um regime obrigacional, amparado no princípio que veda o enriquecimento sem causa, desconsiderando os laços de afetividade porventura existentes. A proteção consiste na indenização por prestação de serviços.

Os que defendem essa teoria afastam a idéia de sociedade de fato, principalmente quando não seja possível mostrar-se a prova do esforço comum, e conferem indenização equivalente aos serviços prestados pela concubina. É uma indenização sempre presumida. (SEREJO, 2009)

O Superior Tribunal de Justiça prestigiou essa modalidade de reconhecimento de direitos nos seguintes termos:

Concubinato – Relação extraconjugal mantida por longos anos – Vida em comum configurada ainda que não exclusivamente – Indenização – Serviços Domésticos – Período – Ocupação de imóvel pela concubina após o óbito da esposa – Descabimento – Pedido restrito – Matéria de fato – reexame – Impossibilidade – Súmula 7 do STJ.

I – 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 da relação, direito que não é esvaziado pela circunstância de ser o concubino casado, se possível, como no caso, identificar a existência de dupla vida em comum, com a esposa e a companheira, por período superior a trinta anos. II – Pensão devida durante o período do concubinato até o óbito do concubino. (STJ, REsp 303.604-SP, 4ª T, rel. Min, Aldir Passarinho Júnior, DJU 23.06.2003).

Uma segunda modalidade de reconhecimento é baseada na teoria da sociedade de fato, uma solução encontrada pela jurisprudência para reparar injustiças que se consolidavam contra uniões duradouras, as quais, uma vez dissolvidas, deixavam a mulher, geralmente a parte mais fraca, totalmente desamparada. A teoria da sociedade de fato se espelha no direito societário, tratando as uniões como sociedades com fins lucrativos. Para caracterização da sociedade de fato são necessários os requisitos da convivência *more uxorio*, comunhão de vida e de interesses, notoriedade do relacionamento, comunidade de leito, formação de patrimônio amealhado pelo esforço comum ou contribuição indireta da concubina.

Concubinato. Sociedade de fato. Diferença. O concubinato, por si só, não induz à partilha de bens, porque flagrante a distinção entre concubinato e sociedade de fato, esta sim passível de partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Porém, para que se reconheça a existência de sociedade de fato, mesmo na existência de concubinato adulterino, é mister comprove a concubina que, efetivamente, contribuiu para a formação do patrimônio, cuja partilha pretenda, sob pena de não prosperar tal pretensão. Então, a simples convivência *more uxorio* não pressupõe a existência de sociedade de fato. Embora possam coexistir, tais figuras têm contornos distintos, há que a sociedade de fato requer, para sua configuração, esforço comum no sentido de formação de um patrimônio conjunto. Não provada a participação da mulher na aquisição de qualquer bem, o recurso é de ser desprovido. (TJSC, ApCiv 00.020954-6-Tubarão, 1ª Cam. Civ., rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ 10710, de 25.05.2001).

Sobre o tema, invocamos a doutrina de Serejo *apud* Azevedo (2009, p. 206):

No concubinato impuro, adúltero, propriamente dito, em que um dos companheiros é casado, mantendo, paralelamente a seu casamento, um lar concubinário, é que se deve aplicar, como vimos, o teor da Súmula 380 do STF. E isso, para que não exista locupletamento indevido. O ser humano tem de ser respeitado, por suas fraquezas; embora ilícita a relação concubinária adúltera, muitas vezes e no mais das vezes, uma companheira vê-se envolvida amorosamente, entregando-se a esse relacionamento impuro, em certos casos, até de boa-fé, sem saber do estado de casado de seu companheiro. Nesse caso, ocorre verdadeiro concubinato putativo.

Como se percebe, as duas teses supracitadas afastam efeitos familiares aos casos de concubinato, colocando-os sob a jurisdição do direito obrigacional. Assim, deve-se indenizar o concubino ou a concubina pelos serviços domésticos quando inexistir acréscimo patrimonial ou dissolver judicialmente a sociedade de fato quando existirem bens adquiridos pelo esforço comum.

No direito contemporâneo, várias são as manifestações no sentido de reconhecer de uma forma ou de outra os direitos dos amantes, sob à égide dos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa ou mesmo da dignidade da pessoa humana.

Deixar de outorgar efeitos atentaria contra a dignidade dos partícipes envolvidos, e só reconhecer efeitos patrimoniais por equiparação a uma sociedade de fato, e não a uma entidade familiar, consistiria em uma mentira jurídica, porque os concubinos não se uniram para construir uma sociedade de fato e sim uma família. (DIAS, 2006)

No entanto, não constitui família quem prossegue residindo com a esposa e com os filhos conjugais, pois é pressuposto da vontade de formar família estar desimpedido para formalizar pelo matrimônio, ou pela via informal da união estável, uma entidade familiar. Alias, prossegue, querendo constituir família com a amante, tudo o que o bígamo precisa fazer é romper de fato ou de direito a sua relação com a outra pessoa, ficando até dispensado da formal separação judicial ou extrajudicial. (MADALENO, 2008)

Mas, apesar de todas essas manifestações em defesa do reconhecimento de efeitos jurídicos das relações extraconjugais, ainda que através de institutos diferentes, o Código Civil brasileiro traz nos artigo 550 e 1.642, inciso V, real demonstração de repúdio pelo concubinato:

Art. 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.

Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

(...)

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;

Existe, por todo o exposto, um conjunto infundável de fontes jurídicas para embasar decisões contrárias e a favor do concubinato. Na defesa das famílias paralelas desponta Maria Berenice Dias (2006, p.161):

A sociedade repudia injustamente o concubinato chamado adulterino, porque mesmo diante desta aversão social o relacionamento dito impuro não deixa de existir e de produzir os seus efeitos jurídicos, servindo a rejeição apenas para privilegiar o bigamo, devendo a justiça reconhecer estas relações afetivas para não mais chancelar o enriquecimento injustificado, sendo inconcebível deixe o bigamo a relação sem qualquer responsabilidade por sua infidelidade.

Assim, mesmo discordando do reconhecimento das relações paralelas pelo Direito de Família, nos dias de hoje é impossível ignorar a existência de tais relações. Independentemente de ter um posicionamento mais tradicional ou mais ousado, a tendência é de conceder às relações concomitantes alguns dos direitos conferidos às entidades familiares, visto que, de uma forma ou de outra, constituem uma família.

#### **4.2 Da Infastabilidade da Tutela Jurisdicional aos Amantes.**

Não é possível alçar o concubinato a um nível de proteção legal idêntico ao existente para o casamento e a união estável, levando em conta serem estas entidades familiares protegidas pelo Estado brasileiro. Do contrário, o Poder Judiciário estaria incentivando e favorecendo a infidelidade e o adultério.

Ainda assim, condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades. Ao se confrontar com situações em que o afeto é o traço diferenciador das relações interpessoais, não se pode premiar com a irresponsabilidade comportamentos afrontantes ao dever de lealdade. A omissão em extrair consequências jurídicas pelo fato da situação não corresponder ao vigente modelo de moralidade não pode chancelar o enriquecimento injustificado.

Inicialmente, é fundamental afastar do âmbito da proteção pretendida as relações fugazes, não caracterizadas pela estabilidade, posse do estado de casado e pela afetividade. No entanto, é impossível desconhecer a existência de um concubinato ao lado do casamento, principalmente quando ambos são marcados pelo afeto, pela estabilidade duradoura, existência de filhos, publicidade, dependência econômica e, mais ainda, pela própria convivência da esposa do concubino (vez que este deve estar ao menos separado de fato).

Esta realidade assim configurada não pode ser desconsiderada pelo direito, nem tratada como mera relação comercial. Se há afeto e estabilidade existe uma nova entidade familiar. Seguindo este norte, destacamos a lição de Serejo *apud* Chaves, 2009, p. 206: “Mister afirmar-se que o direito, a justiça, possui o dever de acompanhar a realidade social, e não o de tentar vedar a realidade ou outorgar direitos pela metade. Fingir-se que não enxerga a realidade não a faz desaparecer”.

Contudo, a questão está longe de ser pacificada. De um lado se tem o suposto princípio da monogamia, enquanto do outro, o princípio da dignidade da pessoa humana, da pluralidade de entidades familiares, da liberdade e da igualdade. E nessa ponderação não parece haver dúvidas de que devem prevalecer todos os outros princípios constitucionais. Todos têm direito a ter seus relacionamentos reconhecidos e respeitados.

É louvável a intenção de preservação da família pregada pela corrente doutrinária e jurisprudencial, a qual nega qualquer reconhecimento jurídico ao concubinato adúltero, entretanto, falível quando colocada em confronto com a realidade: ao se proteger uma abstração jurídica, muitas outras instituições concretas ficariam desprotegidas (CARVALHO, 2009).

#### 4.2.1 Das possibilidades de efeitos da tutela

Em se revestindo dos requisitos da publicidade, continuidade, durabilidade e objetivo de constituir família, nada obsta o reconhecimento do concubinato adúltero como uma entidade familiar merecedora de proteção estatal, respeitados os direitos inerentes à família constituída pelo casamento, não devendo confundir-se os bens conseguidos pelo esforço de cada um.

Reconhecida a união adúltera com intenção de constituir família, a ela devem ser aplicados todos os efeitos patrimoniais inerentes a qualquer outra união

estável, desde que devidamente comprovado o esforço comum, sob pena de violar frontalmente os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Afinal, se um indivíduo mantém uma família extraconjugal, na maioria dos casos, o matrimônio vige apenas no papel, não cabendo ao direito obstar o surgimento de novos laços de amor e formação de massa patrimonial.

Neste sentido são os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÕES CÍVEIS. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento do falecido. Reconhecimento de união dúplice paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de vínculos familiares. NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO. (Apelação Cível Nº 70027512763, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/05/2009)

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante a outra união estável também vivida pelo de cujus. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em "Triação", pela duplicidade de uniões. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70011258605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Alfredo Guilherme Englert, Redator para Acórdão: Rui Portanova, Julgado em 25/08/2005)

Ademais, conforme norte doutrinário e jurisprudencial recente, o direito a percepção de alimentos também pode ser considerado um efeito do concubinato, existindo a necessidade do alimentando e a possibilidade econômica do alimentante, aplicando-se, portanto, o artigo 1694 do Código Civil. Assim, conforme Pianovski, (2006, p. 197), "um homem que constitua vínculo familiar com duas mulheres simultaneamente e venha a se separar de ambas, poderá, se presentes os requisitos legais, ter de prestar alimentos a ambas".

O processo de reconhecimento de efeitos jurídicos é, entretanto, relativo e depende ainda hoje do tipo de visão jurídica do julgador, se tradicional ou flexível, haja vista a não regulamentação legal das uniões paralelas.

## CONCLUSÃO

Percebe-se, pela quantidade de interpretações divergentes construídas pela doutrina e jurisprudência a partir das normas e princípios vigentes, a urgente necessidade de o legislador regulamentar as possibilidades de reconhecimento de efeitos jurídicos as relações extraconjugais no sentido de uniformizar as decisões judiciais, criando uma nova sensação de segurança jurídica na sociedade.

Deverá se analisar caso a caso, distinguindo-se entre as uniões que desejam fundar uma família, preenchendo os requisitos da convivência, sendo estas, competência da vara da família, e as uniões corriqueiras, sem pouca repercussão, que podem gerar algum direito no campo obrigacional.

Os atuais arranjos familiares têm como base a afetividade e a busca pela dignidade da pessoa humana. Então, considerar que o princípio da monogamia é constitucional e superior aos demais princípios aplicáveis ao direito de família contraria o principal fundamento de todo o ordenamento jurídico, que é a dignidade, assim como os próprios anseios da sociedade. Maria Berenice Dias (2006, p. 51) a esse respeito, ensina que:

Ainda que a lei recrie de diversas formas quem descumpra o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla (...)  
No entanto, pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos.

Neste sentido, se vê que as atuais famílias são estabelecidas de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, buscando a realização de cada membro. Esses princípios e o da monogamia acabam sendo incompatíveis, não tendo condições de coexistirem no atual direito de família. Assim, há que se optar entre a efetiva realização do ser humano, buscando sua dignidade, e a valorização do afeto, ou o cumprimento das regras morais impostas pela sociedade, atendendo a satisfação do Estado.

Apesar de ser uma parcela populacional minoritária, o direito à liberdade de escolha dessas pessoas deve prevalecer. O Poder Legislativo encontra-se atrasado em relação às decisões do Poder Judiciário, que vislumbra corresponder aos anseios sociais continuamente. Deve-se despertar uma maturidade jurídica capaz de atender satisfatoriamente aos desafios impostos pela



dinâmica da vida em sociedade, que evolui a cada novo amanhecer.

A Constituição Federal deseja proteger a todas as formas de constituição de família, sabendo que ao direito é impossível intervir nas relações humanas de modo a vedar ou limitar o surgimento de vínculos afetivos. Na realidade, o essencial é garantir a sobrevivência dos núcleos que servem de base para a sobrevivência e o desenvolvimento do indivíduo.

Com efeito, a monogamia não representa um princípio jurídico, mas mera regra moral chancelada pelo direito, tendo em vista não a encontramos nem na Constituição Federal nem em qualquer outro diploma infraconstitucional. Princípios são os da dignidade da pessoa humana, liberdade para escolher o arranjo familiar mais adequado aos anseios pessoais e o da pluralidade de entidades familiares, que são violados ao não se reconhecer como entidade familiar as relações revestidas das características a estas inerentes.

A família é uma estrutura psíquica em que cada membro ocupa um lugar, detendo por isso uma função específica — lugar do pai, da mãe, do filho e do marido. Suas características imediatas são a afetividade, a estabilidade (durabilidade) e a ostensibilidade (publicidade). Segundo Lobo (2002), toda vez que essas características qualificarem uma relação amorosa, ela será uma família.

O momento histórico não admite mais mascarar a realidade. A hipocrisia e o preconceito devem ficar no passado, a fim de que possa vislumbrar claramente um novo horizonte, compatível com a realidade sócio-jurídica. E aqui não se está a defender a poligamia ou a desconstrução da família baseada no modelo católico, mas o desenvolvimento da sensibilidade legislativa para entender as metamorfoses afetivas da humanidade, a tendência ao poliamorismo defendido por Gagliano (2008).

A natureza jurídica de um concubinato indubitavelmente não é de sociedade de fato ou contrato de trabalho, e sim de uma entidade familiar como outra, haja vista a existência de laços afetivos. Cabe a formação de um entendimento maduro, capaz de alcançar os fatos, mediante um processo de adaptação e superação de tabus.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em 2 abr. 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 31 de dezembro de 1940. **Código Penal**. In: *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010a.

BRASIL. Lei nº 10.404, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. In: *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010b.

CARVALHO, Juliana Gomes de. **Sociedade de afeto**. Disponível em: [www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br). Acesso em: 10 fev. 2009.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 98.

COSTA, Laura Affonso da. **Família Constitucional, sob um olhar da afetividade**. Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/32467/1/Familia-Constitucional-sob-um-olhar-da-afetividade/pagina1.html>. Acesso em 25/11/2010.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições de Grécia e de Roma. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 29-30.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável**: realidade e responsabilidade. Disponível em <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 17 ago 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de metodologia**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante**: na Teoria e na Prática (dos

Tribunais). Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre, Ano IX, n. 49, p. 50-61, set. 2008.

GOODE, Josiah Willian. **Revolução mundial nos padrões de família**. São Paulo: Editora das USP, 1969.

JUNIOR, Alberto Gosson Jorge Júnior. **União estável e concubinato**. In: Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 45, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Cultural, 1986.

KUMPEL, Vitor Frederico. **Concubinato**: uma perspectiva histórica. In: Revista Prática Jurídica, ano VII, nº 73. Brasília: 2008.

LARA, Silvia Hunold (organizadora). **Ordenações Filipinas**. Livro V. Título 28, 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 18 agosto 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MADALENO, Rolf. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1992.

ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. **A obrigação de permanecer casado e o princípio da liberdade**: uma análise a partir da teoria dos direitos fundamentais. Revista síntese direito de família. v. 12, n. 61. São Paulo: Síntese, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7ª ed. rev. e atual.. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. 2ª ed. Rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.

ROCHA, João César de Castro (organizador). **Contos de Machado de Assis**. Rio de Janeiro: Record, 2008, vol. 2 – Adulterio e ciúme.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, direito de família**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCAFF, Fernando Campos. **Aspectos Gerais da União Estável**. In: Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 48, 2008.

SEREJO, Lourival. **Análise crítica do concubinato e suas conseqüências patrimoniais**. In: Direito das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Paulo Lins e. **A história do matrimônio**. Direito das famílias, São Paulo: Revista dos Tribunais, IBDFAM, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Separados pelo casamento**: um ensaio sobre o concubinato, a separação de fato e a união estável. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Ano X, n. 8, 2009.

TORRES-LONDONO, Fernando. **A outra família**: concubinato, igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Loyola, 1999.