

**INSTITUTO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DA PARAÍBA – IESP**  
**DIREÇÃO ACADÊMICA**  
**COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

EMANUELA FIGUEIREDO DE VASCONCELOS

**OS DIREITOS DA CONCUBINA SOB O PONTO DE VISTA**  
**MORALISTA SEXUAL**

Cabedelo

2010

EMANUELA FIGUEIREDO DE VASCONCELOS

**OS DIREITOS DA CONCUBINA SOB O PONTO DE VISTA  
MORALISTA SEXUAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito  
do Instituto de Educação Superior da Paraíba –  
IESP como requisito parcial à obtenção do  
grau de Bacharel em Direito..  
Área de concentração: Direitos Humanos.

Orientador: Bianor Arruda Neto

Cabedelo

2010

**EMANUELA FIGUEIREDO DE VASCONCELOS**

**OS DIREITOS DA CONCUBINA SOB O PONTO DE VISTA  
MORALISTA SEXUAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba –  
IESP como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Resultado: \_\_\_\_\_

Cabedelo, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Prof. Bianor  
Orientador**

---

**Prof. (a)**

---

**Prof. (a)**

*Ao meu avô José Vital Figueirido, (in memoriam) por toda dedicação e carinho na minha educação. Estou realizando o seu sonho. Espero não decepcioná-lo ao longo desta caminhada. Conto com seu auxílio e proteção para seguir em frente até o dia do nosso reencontro. Saudades.*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter me dado a vida e que através da minha fé me ajuda a enfrentar os obstáculos que estão a minha volta.

À minha mãe, Estela Pimentel Figueiredo, por sua força e otimismo e por ter me ensinado aquilo de mais essencial.

Ao meu noivo, Edmilson Lucena Neri, por toda ajuda e compreensão, me tornando uma pessoa maior a cada dia.

À minha avó, Maria Estela Pimentel Figueiredo, por ter acompanhado dia-a-dia os meus passos durante toda minha infância e adolescência.

Aos meus demais familiares, por acreditarem na minha capacidade, muito mais, inclusive, do que eu mesma.

Ao professor – orientador, Bianor Arruda Neto, em nome de quem agradeço a todos os professores que deram sua contribuição nesses anos de curso.

## RESUMO

A igualdade entre homens e mulheres tem sido um dos maiores objetivos do movimento feminista. As feministas radicais acreditam que o sexismo é a origem de toda a desigualdade e opressão, tendo em vista que o direito se identifica com o lado masculino. A discriminação “cultural” ainda é muito marcante no meio social e judicial, apesar do princípio da igualdade ter ganhando mais força nesses últimos tempos. Os ministros dos Tribunais Superiores, na atualidade, estão divergindo acerca dos direitos da concubina. O termo concubinato pode ser entendido como a união entre um homem e uma mulher, na qual um deles, ou ambos, possuem algum tipo de impedimento. A discussão que paira, para citar algum exemplo, é saber se a concubina teria ou não direito a pensão por morte e direitos patrimoniais. O presente trabalho irá abordar de forma específica o tema referente a indenização por serviços domésticos prestados pela concubina, e de acordo com as pesquisas feitas foi verificado que a maioria dos Tribunais negam referida indenização, demonstrando, dessa maneira, que o moralismo sexual ainda está presente nos dias atuais.

**Palavras-chave:** Concubinato. Sexismo. Interpretação judicial.

## ABSTRACT

Equality between men and women has been a major goal of the feminist movement. Radical feminists believe that sexism is the source of all inequality and oppression, since Law is biased toward men's perspective. 'Cultural' discrimination is still very social and legally prominent, despite the fact that gender equality has gained more strength in recent times. Nowadays, magistrates from superior courts are differing on concubine's rights. The concubinage word can be understood as a union between a man and a woman in which one or both have some kind of impediment. One example from the following discussion is whether or not a concubine would be entitled to pension for death or be entitled to patrimonial rights. This study will specifically address the issue related to compensation for domestic services provided by a concubine. According to this work, it has been verified that most courts deny such indemnity, demonstrating that the sexual morality can still be found currently.

**Key words:** Concubinate, sexism, judicial interpretation

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>8</b>  |
| 1.1.OBJETIVOS.....   | 9         |
| <b>1.1.1. Objetivo Geral .....</b>                                   | <b>9</b>  |
| <b>1.1.2. Objetivos Específicos.....</b>                             | <b>10</b> |
| <b>2. ENTIDADE FAMILIAR E CONCUBINATO NO DIREITO BRASILEIRO.....</b> | <b>11</b> |
| 2.2. O SIGNIFICADO DO CONCUBINATO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....      | 15        |
| 2.3. POSSIBILIDADES JUDICIAIS DA ANOMIA QUANTO À CONCUBINA .....     | 20        |
| <b>3. DIREITOS DA CONCUBINA .....</b>                                | <b>23</b> |
| 3.1. CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL .....                | 24        |
| <b>4. FEMINISMO E A CRÍTICA AO DIREITO.....</b>                      | <b>37</b> |
| 4.1 DIREITOS E DIGNIDADE DA MULHER.....                              | 39        |
| <b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>                                  | <b>45</b> |
| <b>6. REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>47</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos objetivos do movimento feminista tem sido estabelecer uma maior igualdade entre homens e mulheres, visto que, a nossa sociedade ainda carrega ideias culturalmente ultrapassadas e androcêntricas, montada em um sistema altamente dualista: público/privado, razão/emoção, cultura/natureza, abstração/concreto, objetivo/subjetivo, agressivo/dócil, eficaz/virtuosa, forte/frágil.

As feministas radicais defendem a tese de que a origem das desigualdades sexuais, bem como as formas de opressão feminina tem como raiz o sistema patriarcal baseado na ideia da dominação do homem sobre a mulher. Acreditam assim, ser o sexismo a origem de toda opressão, dificultando o reconhecimento dos direitos das mulheres, tendo em vista que o direito se identifica com o lado masculino.

O princípio da igualdade entre homens e mulheres por parte da legislação, tem derrubado importantes discriminações entre os sexos, porém, a discriminação “cultural” ainda persiste no discurso social e também no judicial, estando sempre as características femininas subserviente às masculinas.

Nos diversos ramos jurídicos, as leis e modos de interpretá-las demonstram referida desvalorização das mulheres. Por muito tempo, nosso direito civil assegurou direitos e poderes superiores aos maridos e pais. Sobre esse aspecto, havia clara restrição patrimonial e interdições morais colocadas às mulheres.

Na atualidade, existe uma grande discussão, que inclusive chega a dividir os fundamentos dos ministros dos Tribunais Superiores, acerca dos direitos da concubina. Hoje em dia, o termo concubinato significa a união entre um homem e uma mulher, na qual um deles ou ambos possuem algum tipo de impedimento, como por exemplo, já ser casado ou conviver em união estável. O Código Civil de 2002 define o concubinato como sendo “relações **não eventuais** entre homem e mulher, **impedidos de casar** (grifo nosso)”.

Como o concubinato não é uma relação regulamentada, isso nos leva a

ter inúmeras interpretações sobre o assunto. Atualmente existem discussões se, ao analisar o caso concreto, a concubina teria ou não direito a pensão por morte e direitos patrimoniais, para citar alguns exemplos.

Neste Trabalho de conclusão de curso, trataremos do tema da indenização por serviços domésticos prestados pela concubina como visto pela doutrina e jurisprudência pátrias. O assunto é controvertido e envolve o debate não só sobre as leis e princípios jurídicos, mas também sobre toda uma rede de crenças e práticas nas relações de gênero que permeia as determinações do que é justo numa sociedade democrática.

Na elaboração deste trabalho foi feita pesquisa bibliográfica pertinente ao assunto, bem como consultas à legislação e jurisprudências do Superior Tribunal Justiça que negaram a concessão de indenização por serviços prestados pela concubina sob a égide do moralismo sexual, demonstrando dessa forma a magnitude do tema.

## 1.1.OBJETIVOS

Com o intuito de melhor esclarecer a relevância dos direitos da concubina sob o ponto de vista do moralismo sexual, que ainda persiste nos valores sociais e decisões judiciais, merecem destaque o objetivo geral e os específicos do presente trabalho monográfico.

### 1.1.1. Objetivo Geral

Analisar a doutrinária e a jurisprudência sobre os direitos da concubina e como o moralismo sexual influencia o discurso jurídico de discriminação, desvalorização e desigualdade da mulher em relação ao homem, a fim de contribuir para uma melhor interpretação acerca dos direitos e deveres fundamentais presente no art. 5º da Constituição Federal de 1988, especialmente no que diz respeito à igualdade perante a lei sem distinção de qualquer natureza entre homens e mulheres.

### **1.1.2. Objetivos Específicos**

a) Demonstrar que as relações familiares estão em plena mutação, existindo hoje em dia várias “formas” de família, não podendo o direito apenas reconhecer àquelas que estão expressamente reconhecidas na Constituição e Códigos

b) Destacar a igualdade entre homens e mulheres em direitos e deveres, na tentativa de desconstruir um discurso moralista e sexista presente em decisões do Superior Tribunal Justiça, acerca do pedido da concubina à indenização por serviço doméstico prestado;

c) Visualizar as condições reais que giram em torno de uma relação extraconjugal, tentando enxergar de forma mais ampla, para, em nome da justiça reconhecer direitos, por mais que de forma implícita, a quem os detém.

## 2. ENTIDADE FAMILIAR E CONCUBINATO NO DIREITO BRASILEIRO

Na antiguidade, de acordo com Venosa (2009) havia a ideia de família como uma formação de grande importância para a perpetuação do culto familiar, que naquela época era coordenado pelo *pater*. Ao casar-se, a mulher passava a cultuar e fazer oferendas aos deuses e antepassados do seu marido em substituição aos do seu pai. Por essa razão, como forma de perpetuar o culto, era imprescindível o nascimento de um filho homem para dar continuidade, uma vez que, no momento do casamento de uma filha ela passava a cultuar os deuses do seu marido e não mais os da sua família, o filho homem, entretanto, mesmo após o seu casamento continuava a cultuar os deuses de sua família impedindo, assim, o desaparecimento do culto familiar.

O Código Civil de 1916 que entrou em vigor no século XX, ainda carregou muitas características do século anterior. Muito influenciado pelo sistema burguês, que ditava naquela época o que era ou não o direito de acordo com seus valores, o código de 1916 era altamente parcial, deixando ao relento aquilo que não lhes era conveniente, como, por exemplo, a união não formalizada pelo casamento, demonstrando, assim, ser um código altamente discriminatório. Homens e mulheres que se unissem sem estabelecer o vínculo matrimonial estavam convivendo através de uma relação concubinária, independente de ser uma relação pública ou clandestina e de serem livres ou não para casar.

Como a única entidade familiar reconhecida pelo Estado era o casamento, diga-se única, porque apenas para esta existiam legislações regulamentando o tema, tais como à guarda de filhos e à partilha da renda e de bens em caso de separação de fato e morte, o concubinato ficava à míngua, não só pela falta da legislação, mas também pelo moralismo sexual. As esposas, segundo Queiroz e Neri (no prelo, 2010), eram reconhecidas moralmente pela sociedade como mulheres corretas, enquanto as concubinas eram desonestas, indignas e demonizadas.

Contudo, apesar da mulher casada ser moralmente aceita diante da

sociedade e ter um *status* de superioridade em relação à concubina, aquela se via tolhida de exercer seus direitos civis e políticos. Cabia exclusivamente ao marido tomar todas as decisões restando à mulher apenas aceitá-las sem questionar ponto algum, ocupando assim uma posição de inferioridade em relação ao marido.

Segundo Gomes (2003, p. 56):

A expropriação do direito de voto e dos direitos políticos em geral condiz, na verdade, com a situação de subordinação da mulher, imposta pelo tratamento preconceituoso das legislações do Império, **e reforçado sobretudo pelo Código Civil de 1916, que estabelecia a não-capacidade jurídica da mulher casada, subtraindo-lhe, conseqüentemente, sua integral cidadania** (grifo nosso).

Desde essa época, o direito de família já carrega as características da imperatividade, ou seja, as partes envolvidas em um litígio familiar raramente poderão exercer sua vontade, ficando limitadas as manifestações expressas em lei. Sendo assim, como apenas o casamento era reconhecido como entidade familiar e legalmente prevista, o juiz e as partes estavam limitados a cumprir o que estava contido na legislação. E, como sabemos, o direito estava ao lado do homem. A mulher encontrava-se em uma situação altamente submissa legalmente e economicamente, e mais ainda, por estar imersa em uma sociedade que retratava bem o moralismo sexual.

Nesse sentido, Queiroz e Neri (no prelo, 2010) conclui que:

Juridicamente, uma das explicações possíveis para o insucesso judicial maior das mulheres casadas era que, se por um lado, elas tinham direitos patrimoniais reconhecidos, por outro, a garantia legal exigia que elas não tivessem “dado causa” ao divórcio, nem abandonassem o lar. A clausura econômico-patrimonial, não raramente, alimentava a submissão da mulher a uniões com maridos violentos ou onde já não havia mais amor. A expressão “dar causa” abrigava e institucionalizava uma série de condutas tidas como reprováveis da mulher enquanto consorte e mãe, disciplinando sua sexualidade em padrões machistas estritos.

Nesse panorama, tendo em vista que o concubinato não era regulamentado, os juízes se viam com uma maior liberdade para aplicar o direito de modo mais equitativo e adequado ao caso concreto, evitando

maiores atrocidades.

A mulher que convivia com um homem sem, contudo ter o vínculo matrimonial não se sentia obrigada a permanecer em seu lar caso não se sentisse satisfeita, assim como também, era mais fácil ter para si a guarda de seus filhos, que na maioria das vezes ficava com o pai caso afirmasse que os mesmos possuíam pai desconhecido. De acordo com alguns autores foi observado que já houve casos em que mulheres afirmavam ser prostitutas para refutar a paternidade dos seus companheiros. Foi observado que existia uma tolerância tácita por parte de alguns juízes ao tratarem das práticas familiares costumeiras, possuindo, inclusive uma visão mais evoluída dos valores sociais que circundavam naquela época e que ainda persistem nos dias de hoje refletida nas acusações moralistas e sexistas sobre as mães, concubinas e esposas. ( FONSECA,2008 *apud* NERI, 2010)

Com a Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição cidadã, foi reconhecida como entidade familiar não só o casamento, mas também a união monoparental e a união estável:

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

(...)

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

(...)

§ 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

(...)

Como bem assevera Venosa (2009, p. 7):

É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humanos dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes etc. Foi essa

Carta Magna que também alçou a princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226, § 5º) e igualdade jurídica absoluta dos filhos, não importando sua origem ou a modalidade de vínculo (art. 227, § 6º). Ainda, a Constituição de 1988 escreve o princípio da paternidade responsável e o respectivo planejamento familiar (art. 226, § 7º). O Código Civil de 2002 complementou e estendeu esses princípios, mas, sem dúvida, a verdadeira revolução legislativa em matéria de direito privado e especificamente de direito de família já ocorrera antes, com essa Constituição.

O Código Civil de 2002, seguindo a mesma linha da Constituição Federal de 1988, apenas ampliou os direitos e princípios contidos naquela constituição, contudo pouco inovou. Sendo assim, pode ser visto no atual código um relaxamento gradual dos costumes; aceitação da dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio; igualdade jurídica entre cônjuges e companheiros; igualdade de proteção dos filhos havidos ou não fora da relação matrimonial; proteção à família decorrente da união estável e proteção a família monoparental.

O atual código falhou e muito ao não reconhecer como entidade familiar as uniões homoafetivas, que apesar de ser um tema controvertido, contém uma única certeza: a existência dessas relações na sociedade

Percebe-se assim, que o Código Civil de 2002 apenas regulamentou de forma específica cada um desses direitos já reconhecidos anteriormente pela constituição de 1988.

Apesar de toda evolução legislativa trazida pela Constituição Federal de 1988 ao reconhecer a união estável e a união monoparental o título de entidade familiar, o problema longe está de ser solucionado, uma vez que, existem várias outras formas que se equiparam a entidade familiar que ainda não foram reconhecidas, como por exemplo, as uniões homoafetivas e, outras, como o concubinato, que provavelmente nunca serão, mas que existem no nosso meio social precisando ser vistas de outra maneira, tentando abstrair os valores oficiais e analisando a situação de forma concreta.

O casamento, que era considerado a regra nos séculos passados, visto como legal e socialmente reconhecido foi perdendo espaço para as uniões estáveis. Justificativas apontam que o aumento das uniões estáveis está relacionado a questões financeiras e a uma maior simplicidade, deixando de

lado toda formalidade e burocracia que paira em torno do casamento, seja ele civil ou religioso.

O conceito de entidade familiar vem sofrendo inúmeras mutações ao longo do tempo, não se podendo mais hoje em dia se falar, de acordo com Serejo (2009a, p.193), “em família, no singular, mas em famílias, dada a pluralidade de tipos familiares existentes”. Serejo (2009a, p.193) ainda afirma que:

Em razão dessa pluralidade de famílias, a desembargadora Maria Berenice Dias preferiu romper com a tradição e denominar seu livro de *Manual de direito das famílias*, por entender que a expressão “direito de família” já perdeu significado, diante da necessidade de se ter, hoje, uma visão pluralista para alcançar os variados “arranjos vivenciais” (grifos do original).

O concubinato, em especial, dificilmente ganhará o *status* de entidade familiar, por ferir frontalmente os valores sociais oficiais. Todavia, verificando-se a constituição do mesmo, não poderá o Estado ignorá-lo, tendo como argumento o fato de que o casamento ou união estável possui superioridade sobre aquele, sem analisar, contudo, toda a questão concreta que envolve a relação extraconjugal.

A visão que se tem da concubina como aquela destruidora de lares e evitada pela sociedade tem que ser mudada através de fatos e argumentos concretos que desconstruam esse discurso moralista sexual que ainda paira na nossa sociedade de uma forma geral, para só assim vermos respeitado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

## 2.2. O SIGNIFICADO DO CONCUBINATO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Genericamente, o termo “concubinato” é a união entre um homem e uma mulher não formalizada pelo casamento. Antes da Constituição Federal de 1988, o concubinato era subdividido em puro e impuro ou adúlterino.

O concubinato puro, hoje chamado de União Estável, se configurava quando um homem e uma mulher, sem nenhum vínculo impeditivo, ou seja, livres, decidiam morar juntos, sem, contudo se casarem oficialmente. Já o concubinato impuro ou adúltero é aquele onde duas pessoas envolvidas na relação possuem algum tipo de impedimento, como por exemplo, já ser casada.

Na atualidade existem alguns julgados que chegam a reconhecer o concubinato como uma sociedade de fato, assumindo, dessa forma, o *status* de união estável em paralelo ao casamento válido, reconhecendo o direito da companheira ao recebimento de pensão.

Nesse sentido, afirma Lourival Serejo (2009b, p. 203):

“Constitucional e Previdenciário. Matrimônio e união estável concomitante. Concubinato adúltero. Irrelevância da definição para efeito jurídico-previdenciário. Concurso de direitos na titularização ao benefício de pensão por morte. Natureza assistencial do benefício. Necessidade do cônjuge supérstite e da companheira. Repartição igual do valor do benefício.

I – O instituidor do benefício manteve união estável e, concomitantemente, constituiu matrimônio: relação conjugal material e formalmente perfeita com outra mulher, sem, contudo, jamais cindir o relacionamento com a companheira, o que, em princípio, resultaria em concubinato adúltero. Em nível de lógica formal seria impossível deferir o pedido da autora (cônjuge supérstite), uma vez que impossível a coexistência de duas entidades familiares, porque isso estaria a configurar bigamia, fato tipificado como crime no direito penal brasileiro.

II – O princípio da realidade necessariamente há que tolar os fatos da vida e o comportamento das pessoas, para que sejam extraídas as consequências que cada ação humana possa gerar na ordem jurídica e, por decorrência, no patrimônio jurídico: elenco de direitos que cada um possa ter. O direito há de nascer do fato e não da regra jurídica pura, imposta por sistemática legislativa que pretende interferir com o fato a ponto de modificá-lo, ou mesmo de extingui-lo ou marginalizá-lo, subtraindo-lhe o elemento de validação ético-jurídico.

III – No texto constitucional, o matrimônio ocupa posição axiológica superior àquela da união estável; nem por isso pode obliterar a existência desta última por detalhe formalista. É relevante a natureza assistencial da prestação pecuniária objetiva pela companheira, por sua vez, também objeto de tratamento constitucional no plano da relação jurídico-previdenciária.

IV – A valoração vigorosa das circunstâncias que eclodem nos fatos da vida passa particularmente pelo predicado moral destituído da

falsa influência de conceitos, preconceitos e definições que, de resto, acabam impondo aplicações estereotipadas e repetitiva da lei literal que pode substanciar negativa do direito. Plano hermenêutico: *odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda*.

V – De concluir-se que a hipótese gera o efeito previdenciário, conseqüente, de manter assistidas as dependentes: cônjuge supérstite e companheira, pelo que o benefício de pensão por porte deve ser repartido igualmente entre as dependentes referidas.

VI – Apelação que se nega provimento” (TRF – 1ª Reg. ApCiv 2004.01.99.004394-3/MG, 1ª T., rel. p/ o acórdão Des. Federal José Amílcar Machado, DJF1 01.12.2008, publicação 02.12.2008)

O reconhecimento da sociedade de fato, foi segundo Lourival Serejo (2009, p.2005)

(...) uma solução que a jurisprudência encontrou para reparar injustiças que se consolidavam contra uniões de muitos anos, as quais, uma vez dissolvidas, deixavam a mulher, geralmente a parte mais fraca, totalmente desamparada. A evolução desse entendimento resultou no surgimento da Súmula 380 do STF, que fixou: “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.

Importante se faz nesse momento estabelecer a diferença entre sociedade de fato e concubinato. Para a configuração da primeira faz-se necessário a existência de um verdadeiro compromisso entre ambos, estabelecido, segundo Serejo (2009 p. 206), através da “comunhão de vida e de interesses; notoriedade do relacionamento; comunidade de leito; formação de patrimônio amealhado pelo esforço comum ou contribuição indireta da concubina”. Já para a configuração do concubinato, o ponto forte é sua eventualidade.

Para melhor esclarecer a diferença entre ambos apresento parte da ementa de um acórdão:

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 co-existir, tais figuras têm contornos distintos, já 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, 1.<sup>a</sup> Câm. Civ., rel. Des. Carlos Prudêncio, Dj 10710, de 25.05.2001, *Ementário de Jurisprudência do TJSC*, set.2001, p. 209)

Na atualidade, esse tema vem gerando muitas discussões jurisprudenciais. Isso porque, entendem alguns Ministros, na hora de reconhecer direitos à concubina, que estes só devem ser conferidos ao concubinato puro, ou seja, união estável.

Decisões mais recentes, contudo, vem estendendo esses direitos ao concubinato impuro desde que fique provado que durante a relação simultânea conjugal, houve um esforço comum para o aumento patrimonial. Provado tal esforço, a(o) concubina(o) terá direito a receber o que de fato foi contribuído **materialmente**, nem mais, nem menos.

O cuidado que se teve com o outro, que é sem dúvida o suporte de tranquilidade e segurança para o desempenho das atividades profissionais, não forma reconhecidos, subsistindo a ideia clara de um discurso moralista sexual. Assim, conclui Dias (2008) que “com as sociedades de fato divide-se os lucros e não os frutos de uma sociedade de afeto”.

Com a finalidade de evitar dúvidas ao longo do trabalho, visto que o concubinato possui várias terminologias, adotaremos o termo concubinato como sendo a relação simultânea existente entre o casamento ou à união estável. Descartaremos dessa forma no âmbito de preocupação deste trabalho as relações eventuais.

Apesar do concubinato não ser “bem visto” socialmente, não podemos simplesmente desconsiderar a sua existência como se fosse um fato alheio. As relações simultâneas existem. Isso é um fato! Não reconhecer isso é simplesmente não reconhecer o afeto, e o cuidado que foram dispensados ao longo de anos e de forma notória. É não reconhecer os filhos havidos dessa

relação e a dependência econômica. E, principalmente, é não reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio maior, que paira sobre os demais e que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade” (SARLET, 2004 *apud* SEREJO, 2009, p. 209)

Seguindo esse posicionamento, cito a lição do Desembargador do TJMA Lourival Serejo (2009, p. 207)

Pelas minhas mãos, como juiz de uma vara de família, correram vários dramas de mulheres que viveram longos anos com homens casados, algumas conscientes, outras de boa-fé. Vale a pena invocar uma delas, que viveu trinta anos com seu concubino e de cuja união nasceram dois filhos. Ela era uma mulher do lar, de prendas domésticas. A esposa dele sabia do caso paralelo, mas tacitamente admitia, talvez pelo seu estado de saúde. Então, como dizer a essa mulher que ela não tinha direito a nada, depois de tantos anos de dedicação ao seu amante? Como transformar essa relação de afeto em uma sociedade comercial, em que se apuram saldos e haveres, em que se indeniza trabalho doméstico ou outros serviços prestados?

Temos que deixar de lado essa discriminação que existe em relação ao concubinato e reconhecer, independente das opiniões, uma nova entidade familiar formada pela não eventualidade, afeto convivência e publicidade, tanto é assim que na maioria dessas relações existem filhos em comum.

O direito tem o dever de acompanhar os fatos existentes no meio social e jamais deve abster-se de dar o seu julgamento, não devendo, porém, se limitar apenas ao que está escrito expressamente na lei, mas sim julgar de acordo com equidade.

Nesse sentido, afirma Mariana Chaves 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 se enxerga a realidade não a faz desaparecer” (CHAVES, 2008 *apud* SEREJO 2009).

### 2.3. POSSIBILIDADES JUDICIAIS DA ANOMIA QUANTO À CONCUBINA

Por não ser expressamente regulamentado na Constituição Federal de 1988 nem no Código Civil de 2002, o concubinato deu margem para inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sendo atualmente um tema de altíssima relevância

Anomia pode ser conceituado como:

ausência de lei ou de regra, anarquia, desorganização, estado da sociedade em que desaparecem os padrões normativos de conduta e de crença e o indivíduo, em conflito íntimo, encontra dificuldade para conformar-se às contraditórias exigências das normas sociais. (HOUAISS, 2004, p. 226 *apud* BUNN)

Tendo como base o princípio da segurança jurídica, é dever do Estado oferecer direitos e garantias a todos os cidadãos, sendo imprescindível o conhecimento prévio de todos os mecanismos que serão utilizados na hora do julgamento, cabendo ao legislador acompanhar a dinamicidade das relações sociais e inovar o sistema legal do país.

O art. 3º, IV da nossa Constituição Federal assim dispõe:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo em epígrafe está situado no capítulo I que trata dos princípios fundamentais, sendo assim, o mencionado artigo é um dos princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico. Porém, apesar da nossa constituição ter dado passos grandiosos, a mesma evolução não é acompanhada na legislação infraconstitucional, que até hoje é carecedora de leis complementares e ordinárias que regulamente temas como o concubinato e uniões homoafetivas, para citar alguns exemplos.

Diante da falta de regulamentação, contudo, não cabe ao Estado-Juiz se

esquivar do seu dever de julgar tendo por fundamento o fato de determinada matéria não possuir previsão legal.

Nesse sentido, afirma o art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade de lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”

O Estado tem, portanto, o dever e obrigação de regulamentar todos os tipos de relações sociais, reprimindo os excessos através da existência de leis que confirmem os direitos e garantias emanados na nossa Constituição Federal, não só para as relações extraconjugais, mas também para tantas outras que assim como aquela sofre com a anomia.

O reconhecimento jurídico do concubinato é algo que vem gerando muitas polêmicas. O concubinato existe no mundo inteiro e precisa para isso ter amparo legal, precisando ser visto e analisado de forma concreta, desconstruindo valores ultrapassados e superficiais.

Pela ausência de dispositivo legal o Poder Judiciário, não podendo se esquivar do julgamento, tem se dividido na hora de analisar os direitos da concubina. Para aqueles que entendem que a concubina tem direito a indenização por serviços domésticos prestados, pensão por morte ou direitos patrimoniais, fundamentam suas decisões através de analogias com a união estável e a sociedade de fato e através da aplicação dos princípios constitucionais.

Isso não acontece, todavia, com todos os julgamentos, pois alguns juízes e ministros não se sentem à vontade em fundamentar suas decisões em princípios e analogias, preferindo a tradicional e discriminatória supremacia do casamento e união estável sobre o concubinato

A falta de regulamentação legislativa, não pelo fato do concubinato ser uma prática reprimida, mas pelo fato de envolver pessoas dotadas da mesma dignidade e respeito que devemos ter com todos os cidadãos, faz com que

essas pessoas fiquem à margem da lei, sem ter a devida certeza dos seus direitos e garantias, tendo inclusive medo de procurar o Poder Judiciário temendo a discriminação.

A competência para legislar sobre o concubinato é privativa da União. De acordo com o art. 22, inciso I da Constituição Federal, temos que “Compete privativamente à União legislar sobre: I – **direito civil**, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (grifo nosso).

Apesar de boa parte da sociedade desaprovar as relação concubinárias, elas são uma realidade nos nossos tempos independente do contexto que as cercam. Contudo, apesar de não ser regulamentado expressamente, o Poder Judiciário vem modificando esse quadro através de suas decisões, fazendo surgir novos fatos e valores sociais por meio das jurisprudências.

Por meio de tais reconhecimentos jurisprudências, estamos acompanhando uma mudança de valores com implicações diretas no Direito de Família, Direito de Sucessões, Direito das Coisas e Bens, Direito das obrigações etc.

O Direito é escrito pelas mãos da sociedade e por mais que esta seja minoritária, não poderá ficar à mercê da lacuna legislativa, cabendo ao judiciário, nesse momento através da analogia, usos, costumes e princípios, aplicar o direito de forma justa. Nesse mesmo sentido, assim dispõem o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e princípios gerais do direito”.

### 3. DIREITOS DA CONCUBINA

Por tudo que já foi analisado e visto, a concubina, assim como qualquer outro cidadão, é uma pessoa dotada de direitos e deveres. Não é pelo fato de estar envolvida em uma relação amorosa discriminada e rechaçada pela sociedade, que lhe fará um ser menor em relação aos outros. O trabalho realizado no âmbito doméstico, o cuidado e afeto que se tem com o outro, é igualmente digno àquele realizado pela esposa ou companheira.

A maioria dos julgadores só reconhece direitos patrimoniais à concubina, quando esta contribui materialmente para o aumento patrimonial. Dessa forma, provada tal contribuição a concubina terá direito a receber ao que de fato foi contribuído. Juristas defendem que nesse caso o que existe é uma sociedade comercial, e que por isso a concubina é merecedora de tais direitos patrimoniais, pois caso contrário importaria em enriquecimento ilícito por parte do concubino ou espólio.

E no caso da concubina não ter contribuído materialmente? Ela não terá direito a nada? Se tivermos um entendimento estrito senso, a concubina não terá direito a nada, pois o concubinato não é reconhecido como entidade familiar reconhecida pela Constituição Federal, visto que o nosso sistema é monogâmico, não admitindo relações extraconjugais.

Todavia, algumas decisões judiciais vêm ampliando os direitos da concubina, amparado no princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo indenização pelo tempo que perdurou a relação. Segundo o desembargador José Carlos Texeira Giorgis, “não se trata de monetarização da relação afetiva, mas cumprir o dever de solidariedade, evitando o locupletamento indevido de um sobre o outro, à custa de entrega de um dos parceiros”.

Apesar do avanço jurisprudencial, muito ainda há que se evoluir, pois atualmente raramente a concubina tem direito a alimentos e partilha de bens quando não há comprovação de dependência econômica nem de que foram

adquiridos bens patrimoniais com conjugação de esforços. É difícil imaginar que uma relação duradoura e às vezes até com filhos não é uma união de fato.

### 3.1. CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Os direitos da concubina longe de ser um tema pacífico vêm gerando inúmeras discussões e contradições na doutrina e jurisprudência, isso porque tais direitos vão de encontro com os valores sociais e com o modelo moralmente reconhecido.

O direito, por sua característica interdisciplinar está cada vez mais andando lado a lado com a psicologia na tentativa de entender mais a fundo o comportamento humano e todas as causas que levam o indivíduo a prática de determinados atos.

A psicologia moderna tem desenvolvido uma teoria, que já encontra adeptos no mundo jurídico, chamada poliamoriso, ou seja, a coexistência simultânea entre duas ou mais relações paralelas onde as pessoas envolvidas aceitem mutuamente.

Foi com base nessa teoria que o juiz Adolfo Naujorks do Estado de Rondônia reconheceu a partilha de bens em partes iguais entre o homem, a esposa legalmente casada e a concubina:

Juiz profere decisão inédita na área de família no Fórum Cível da Comarca da Capital de Rondônia. Após análise acurada, o juízo da 4ª Vara de Família da Comarca de Porto Velho, na manhã desta sexta-feira (14), reconheceu, em Ação Declaratória de União Estável, a duplicidade do relacionamento de um homem legalmente casado que convivia com a sua esposa, e simultaneamente com outra companheira. A decisão foi proferida pelo juiz Adolfo Naujorks, titular da 4ª Vara de Família.

Na sentença, o Magistrado determinou a partilha dos bens adquiridos durante a relação dúplice em três partes iguais, isto é, entre o homem, a esposa legalmente casada e a companheira. De acordo com o juiz Adolfo, a psicologia moderna chama essa relação triangular de "poliamorismo", que se constitui na coexistência de duas ou mais relações afetivas paralelas em que as pessoas se aceitam mutuamente.

Para Adolfo Naujorks, que não divulgou o nome das partes por tramitar em segredo de Justiça, o reconhecimento da partilha dos bens deve-se a doutrina e o precedente da jurisprudência que tem admitido a "triação", ou seja, a meação que se transforma na divisão do patrimônio em partes iguais. Por quase três décadas de convivência, o homem constituiu patrimônio e gerou filhos com a companheira, fora do casamento (Assessoria de Comunicação Institucional do TJ RO).

Por menos usual que isso possa parecer, trata-se de um fato que existe em nossa sociedade, e que apenas por isso merecem os autores de tal relação ser tratado com respeito e, impõem-se ao Poder Judiciário um cuidado e uma análise profunda de cada caso concreto com o objetivo de evitar maiores injustiças.

Nesse sentido, decidiu a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

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

A companheira entrou na Justiça com Ação Ordinária de Partilha de Bens contra a esposa e filho do falecido. Alegou que manteve relacionamento público e notório com ele entre 1970 e 1998.

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

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

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

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

O Desembargador José Ataides Siqueira Trindade acompanhou as conclusões do relator, ressaltando a singularidade do caso concreto: “Não resta a menor dúvida que é um caso que foge completamente daqueles parâmetros de normalidade e apresenta particularidades específicas, que deve merecer do julgador tratamento especial (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 70004306197. Relator: Rui Portanova).

Vê-se assim, que apesar da fidelidade ser juridicamente regulamentada como um dos deveres legais do casamento e da união estável percebe-se que longe está de ser um valor absoluto, pois como visto exceções são admitidas a depender do caso concreto.

Imaginemos o caso, porém, da esposa não consentir com a relação extraconjugal. Ficaria neste caso a concubina sem direito algum? E o tempo dedicado ao outro com carinho, atenção, trabalhos domésticos ou até mesmo a contribuição direta no aumento patrimonial? Ficaria sem nenhuma regulamentação jurídica?

Através do bom senso de alguns juristas a concubina, repito, depois de analisado o caso concreto, está saindo vitoriosa ao pleitear indenizações por trabalhos domésticos prestados, pensões ou se for o caso, ter para si parcela do patrimônio que comprovadamente ajudou a construir.

Em 2003, o Superior Tribunal de Justiça se deparou com uma questão envolvendo o pedido de indenização aos serviços domésticos prestados durante o concubinato que se perpetuou por longos 36 anos. A autora ingressou com um agravo de instrumento contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado:

CONCUBINATO – Descabimento de qualquer indenização à mulher que, embora co-habitasse com o ‘de cujus’, alguns dias da semana, sabia-o legalmente casado – Não se tratando a concubina de empregada do falecido amásio, incabível a cobrança de prestação de serviços – Inexistente acréscimo patrimonial imputável à autora, não se pode falar em enriquecimento sem causa – Embargos infringentes recebidos para julgar improcedente a ação e prejudicado o recurso adesivo”. (Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos Infringentes nº 023.484-4/2-01. Data de julgamento: 13.10.1998).

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, modificando a decisão em epígrafe, entenderam que:

A orientação tranquilizada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que durante o período de vida em comum, faz jus a concubina a uma indenização por serviços domésticos prestados ao companheiro, o que não importa, evidentemente, em dizer que se está a remunerar como se ‘serviçal’ ou ‘empregada’ fosse, **data vênia** do voto condutor, mas, sim na sua contribuição para o funcionamento do lar, permitindo ao outro o exercício de atividade lucrativa, em benefício de ambos. É que, liberado dos afazeres domésticos, o concubino não despende preocupação, tempo e energia para a manutenção da casa e de si mesmo, encargos confiados à concubina, e isso tem valor”. (STJ. Recurso Especial nº 303.604. Data de julgamento: 20.03.2003).

Nesse mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Namorar homem casado pode render indenização devida pelo período do relacionamento. Durante 12 anos, a concubina dividiu o parceiro com a sua mulher “oficial”. Separado da mulher, o parceiro passou a ter com a ex-concubina uma relação estável. Na separação, cinco anos depois, ela entrou com pedido de indenização. Foi atendida por ter provado que no período do concubinato ajudou o homem a ampliar seu patrimônio.

A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fixou indenização de R\$ 10 mil. Para o desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, relator da matéria, deve haver a possibilidade do concubino ganhar indenização pela vida em comum.

“Não se trata de monetarizar a relação afetiva, mas cumprir o dever de solidariedade, evitando o enriquecimento indevido de um sobre o outro, à custa da entrega de um dos parceiros”, justificou.

O casal viveu junto de 1975 a 1987, enquanto o parceiro foi casado com outra pessoa. Depois, mantiveram união estável de 1987 a 1992. Com o fim da união, ela ajuizou ação pedindo indenização pelo período em que ele manteve outro casamento.

A mulher alegou que trabalhou durante os doze anos para auxiliar o parceiro no aumento de seu patrimônio e, por isso, reivindicou a indenização por serviços prestados. O desembargador José Carlos Teixeira Giorgis entendeu que a mulher deveria ser indenizada por ter investido dinheiro na relação. Participaram do julgamento os desembargadores Luis Felipe Brasil Santos e Maria Berenice Dias.

Vimos até agora decisões que reconhecem o direito da concubina fundamentada basicamente em **direitos obrigacionais**, como as indenizações devidas pelo período do relacionamento quando a concubina dispensou carinho, afeto, trabalhos domésticos prestados e, de forma comprovada que ajudou no aumento patrimonial. Tais decisões são tomadas tendo em respeito o princípio que veda o enriquecimento sem causa.

E em relação aos direitos familiares? Será que a concubina terá direito?

O ministro do Superior Tribunal de Justiça, Nilson Naves, ao analisar o REsp nº 674.176, negou provimento ao recurso interposto pela esposa, que inconformada pela decisão da primeira turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, reconheceu direito à concubina ao rateio da pensão por morte entre esta e a esposa, tendo em vista que foi demonstrada a dependência econômica da companheira.

No seu voto vencido o Ministro relator em epígrafe, proferiu seu voto nos seguintes termos literais:

(...)

Tais as circunstâncias indicadas, o acórdão recorrido adotou a meu ver, a melhor das soluções: proteger a boa-fé da concubina, resultante de relação concubinária de quase trinta anos. É indiferente para o concubinato fosse o homem casado – tratava-se de relação tão íntima, que providenciou ele a ida dela para Recife quando, para lá, ele, esposa e filhos se mudaram no ano 1969. É por isso que, não deparando com a alegada ofensa às Leis nº 8.213 e 9.278/96 – delas, aliás, nem cuidou expressamente o acórdão recorrido – e também não deparando com o indicado dissídio, voto contrariamente ao conhecimento do recurso especial; se preferirem, nego-lhe provimento.

Entendendo de forma diversa, o Senhor Ministro Hamilton Carvalho, que lavrou o acórdão, após pedido de vistas, concluiu não haver concessão do benefício previdenciário quando houver impedimento para casamento:

Como se vê, não obstante a evolução legislativa, manteve-se a seu turno, a exigência para o reconhecimento da união estável que ambos, o segurado e a companheira, sejam solteiros, separados de fato ou judicialmente, ou viúvos, que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto, excluindo-se assim para fins de reconhecimento de união estável as situações de concomitância, é dizer, de simultaneidade de relação marital e de concubinato.

Assim, o concubinato impuro, concubinagem ou concubinato adúlterino, simultâneo à relação de casamento, mantém-se à margem da legislação previdenciária.

Esta é precisamente a espécie.

Outrossim, é firme o constructo jurisprudencial na afirmação de que se reconhece à companheira de homem casado, mas separado de fato ou de direito, divorciado ou viúvo, o direito na participação nos benefícios previdenciários e patrimoniais decorrentes de seu falecimento, concorrendo com a esposa, ou até mesmo excluindo-a da participação, de sorte que a distinção entre concubinato e união estável hoje não oferece mais dúvida.

Outro não é o pensamento que vem prevalecendo nesta Corte Superior de Justiça, conforme se destaca nos seguintes arestos:

*RECURSO ESPECIAL – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – ALÍNEA DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL NÃO INDICADA – NÃO CONHECIMENTO – SOCIEDADE DE FATO - PATRIMÔNIO COMUM – PARTILHA – COMPANHEIRO CASADO – COMUNHÃO UNIVERSAL – SEPARAÇÃO DE FATO – SEGURO DE VIDA – BENEFICIÁRIO – LIVRE NOMEAÇÃO – PENSÃO PREVIDENCIÁRIA- RATEIO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

(...)

*3. Reconhecida a sociedade de fato e havendo contribuição, direta ou indireta, para a formação do patrimônio comum, cabível a partilha do mesmo, não afetada pelo regime de comunhão universal de bens adotado no casamento de um dos companheiros, estando o mesmo separado de fato. Precedentes.*

(...)

*5. Correto o rateio da pensão previdenciária entre recorrente e viúva, fixando-se percentual análogo (50%) a ambas, sendo incabível a manutenção dos 30% estabelecidos por ocasião de revisão da pensão alimentícia percebida pelo cônjuge.*

*6. Recurso conhecido e parcialmente provido (RESP nº 362.743/PB, Relator Ministro Jorge Scartezini, in DJ 11/10/2004).*

**PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA LEGÍTIMA E COMPANHEIRA. RATEIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.**

*1. A companheira tem direito à pensão por morte do servidor público, civil ou militar, desde que comprovada a união estável, bem como a dependência econômica, sendo prescindível a designação prévia.*

*2. Se a decisão recorrida foi proclamada com fundamento em situação de fato, na qual foi afirmado que a recorrente não faz jus ao rateio da pensão por não comprovar o vínculo com o falecido servidor e a dependência econômica, a matéria refoge do âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula nº 7 desta Corte. (AgRgResp nº 628.937/RJ, Relator Ministro Paulo Medina, in DJ 27/3/2006) (Grifos do Original).*

Desta feita, em que pese a incontrovérsia no que se refere a relação duradoura, porém oculta, que se estabeleceu entre a demandante, ora recorrida, e o segurado (aproximadamente 28 anos), e de casamento estável com a recorrente (trinta anos), a verdade é que se trata de situação extravagante à previsão legal.

Pelo exposto, peço vênia do ilustre Relator, para dele divergir e conhecer do recurso para dar-lhe provimento.

O tema como visto é de difícil solução, isso porque o nosso sistema legislativo ainda é falho e não regulamentou o tema em epígrafe, dando assim abertura para várias interpretações sobre assunto.

A nosso ver, não reconhecer os direitos da concubina no caso em tela é não reconhecer uma entidade familiar pautada no afeto, que pode sim ter conseqüências jurídicas, apesar de adulterina.

Infelizmente, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal vem seguindo a mesma linha de raciocínio dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, como pode ser visto através do Recurso Extraordinário nº 397.762-8, que julgou improcedente direito à concubina ser meeira com a viúva à pensão previdenciária.

O ministro relator (Marco Aurélio) da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal assim entendeu que:

Proclamou o Tribunal de Justiça da Bahia a estabilidade, a publicidade e a continuidade da vida dupla, assentando que não poderia desconhecer esses fatos ante a existência do casamento e da prole deste resultante, consignando não haver imposição da monogamia para caracterizar-se a união estável a ser amparada pela Previdência, o que constitui dever do Estado. Placitou, então o rateio da pensão.

Sob o ângulo da busca a qualquer preço da almejada justiça, não merece crítica o raciocínio desenvolvido. Entrementes, a atuação do Judiciário é vinculada ao Direito posto. Surgem óbices à manutenção do que decidido, a partir da Constituição Federal. Realmente, para ter-se como configurada a união estável, não há imposição da monogamia, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal. Todavia, a união estável protegida pela ordem jurídica constitucional pressupõe prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior da proteção o casamento. Confira-se como próprio preceito que serviu de base à decisão do Tribunal de Justiça. O reconhecimento da união estável pressupõe possibilidade de conversão em casamento. O reconhecimento da união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, direciona à inexistência de obstáculo a este último. A manutenção da relação com a autora se fez à margem e diria mesmo mediante discrepância do casamento existente e da ordem jurídica constitucional. À época, em vigor se encontrava, inclusive, o artigo 240 do Código Penal, que tipificava o adultério. A tipologia restou expugnada pela Lei nº 11.106/05.

Então, o que se tem é que, em detrimento do casamento havido até a data da morte do servidor, veio o Estado, na dicção do Trbunal de

Justiça da Bahia, a placitar, com conseqüências jurídicas, certa união que, iniludivelmente, não pode ser considerada como merecedora da proteção do Estado, porque a conflitar, a mais não poder, com o direito posto. É certo que o atual Código Civil versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar núcleo familiar. Entretanto, na previsão está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a esposa. O que se percebe é que houve um envolvimento forte – de Valdemar do Amor Divino dos Santos e Joana da Paixão Luz -, projetado no tempo – 37 anos-, dele surgindo prole numerosa – nove filhos -, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro haver mantido o casamento com quem contraíra núpcias e com quem tivera onze filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tida como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil:

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

O concubinato na se iguala à união estável, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de conseqüências, do casamento. Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato.

Tenho como infringido pela Corte de origem o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal razão pela qual conheço e provejo o recurso para restabelecer a sentença prolatada pelo Juízo.

Da leitura do voto em epígrafe, percebe-se que há uma discriminação muito grande com o concubinato. Entendeu o ministro relator, que por não ser o concubinato regulamentado na legislação este estaria em inferioridade em relação ao casamento e união estável, não podendo ainda ter a proteção do Estado porque estaria a conflitar com o direito posto.

O relator Marcos Aurélio reconhece que houve um envolvimento forte e duradouro – 37 anos- com nove filhos, porém, apesar de tudo não surtiria conseqüência jurídica alguma ante a ilegitimidade da relação. Conclui ainda que “o concubinato não se iguala à união estável, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de conseqüências, do casamento. **Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato**” (grifo nosso).

Lastimável o posicionamento do ministro. Apesar do concubinato não ser legitimado, os juristas na hora de decidirem determinado litígio devem ter como base não apenas o texto legal expresso, mas sim um conjunto de fatores externos, para, dessa forma, terem uma melhor compreensão do caso concreto e evitarem injustiças.

No caso em tela, a união duradoura de 37 anos e a existência de nove filhos não foi levada em consideração. O núcleo de decisão do ministro se restringiu apenas a incompatibilidade de coexistirem o casamento e união estável.

Outro caso que vem saltando os olhos foi observado no Recurso Especial nº 872.659/MG de relatoria da ministra Nancy Andrighi.

No caso em tela, a concubina pleiteou indenização por serviço doméstico prestado em face do espólio representado pela viúva e inventariante do *de cujus*. Argumenta na inicial que teve relação concubinária com o falecido durante 27 anos, e dessa união existe um filho. Que contribuiu para o aumento patrimonial através da sua profissão de costureira e do trabalho doméstico prestado. Ao final, requer que o espólio seja condenado ao pagamento de 4 (quatro) salários mínimos pelo período que existiu o concubinato.

Ao contestar a ação, alega o espólio que é inviável reconhecer direitos à concubina tendo em vista o estado de casado com a viúva até a sua morte. Argumenta ainda que a relação extraconjugal “nunca passou do campo clandestino e meramente sexual, típico dos popularmente chamados amantes, que mantém encontros eventuais e esporádicos para fins libidinosos”. Sob a hipótese de ser julgada procedente a ação, pede ao final que seja reconhecida a prescrição quinquenal.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais acolheu parcialmente o pedido da parte autora para condenar o espólio ao pagamento de 3 (três) salários mínimos contados porém, dos últimos cinco anos anteriores à ação.

Subindo os autos para o Superior Tribunal de Justiça, a ministra relatora, Nancy Andrichi, logo no início do seu voto faz a distinção terminológica entre casamento, união estável e concubinato:

O casamento, protegido constitucionalmente e pela lei civil, como a instituição mais adequada de tutela da Família – base da sociedade -, tem seus efeitos jurídicos e patrimoniais plenamente regulados e solidificados, conferindo-se aos cônjuges status social relevante, com direitos efetivamente assegurados.

A união estável, por sua vez, ao ser alçada pela CF/88, como entidade familiar, e que pressupõe ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja presente a separação de fato, são conferidos efeitos similares aos do casamento, o que permite aos companheiros a salvaguarda de seus direitos patrimoniais, dentre outros, conforme definido em lei.

Contudo, ao concubinato, entendido como relação que abrange convivências à margem do casamento e que vulneram, portanto, os impedimentos existentes para a concretização de nova relação matrimonial, como as que existem em quebra do dever de fidelidade, quando, por exemplo, uma pessoa casada mantém vida concubinária simultânea à conjugal, não é conferido efeito jurídico, marcadamente de cunho patrimonial, porquanto em confronto direto com o objetivo maior de proteção da CF/88, que é o casamento. O concubino, por ser aquele que se une, clandestinamente ou não, a outra pessoa comprometida, legalmente impedida de se casar fica destituído de específicas tutelas de direito, exatamente porque adviriam em frontal prejuízo ao do outro cônjuge do casamento não desfeito, popularmente concebido como aquele que foi “traído”.

Percebe-se, que antes mesmo da ministra analisar o caso concreto ela já tem uma opinião formada e discriminatória acerca do concubinato. Apenas por essa pequena leitura já é possível perceber que a viúva sairá vencedora desta ação.

A ministra no decorrer do seu voto fundamentou sua decisão com argumentos generalizados e ultrapassados de um moralismo sexual que não combina com a atual sociedade, onde os valores e conceitos de família estão em plena mutação. Da leitura do voto extrai-se que:

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

Ora, se o cônjuge no casamento nem o companheiro na união

estável fazem jus à indenização, muito menos o concubino pode ser contemplado com tal direito, pois teria mais do que se casado fosse.

Dessa forma, a concessão da indenização à concubina situaria o concubinato em posição jurídica mais vantajosa que o próprio casamento, o que é incompatível com as diretrizes constitucionais do art. 226 da CF/88 e com o Direito de Família, tal como concebido

Entendimento em sentido diverso, privilegiaria, abstraindo-se da questão em tese e voltando à hipótese em julgamento, a concubina, em detrimento da própria viúva do falecido e de todos os 11 filhos – incluída aí a filha da concubina – cujos quinhões seriam consideravelmente reduzidos.

Aliás, o pedido deduzido por M.A. em muito se assemelha a uma tentativa de se buscar, de uma forma canhestra, direito sucessório, sabidamente a ela não estendido.

Reconhecer-se-ia uma dupla meação. Uma devida à viúva, reconhecida e devidamente amparada em lei. Outra, criada em Tribunais, como um “monstro” jurisprudencial, a assombrar os casamentos existentes e fazer avançar as uniões concubinárias, albergando-as e estimulando-as, ainda que idéia inicial do legislador tenha sido no sentido de não permanecer o instituto do concubinato de efeitos marcadamente patrimoniais.

E nessa toada, vem a lume a questão do tão propalado enriquecimento sem causa a justificar a pretensão indenizatória. É por todos sabido que em tais relacionamentos, geralmente é a concubina que tem a proteção material do concubino, auferindo, deste, vantagens econômicas, o que bem se depreende da leitura dos autos, na hipótese em julgamento. Nenhuma vantagem econômica ou patrimonial foi apontada em relação ao falecido, na aceção de ter ele sido beneficiado materialmente pelo esforço da concubina. Ao contrário, a alusão que se faz, em grande parte no processo – inclusive no acórdão impugnado – diz respeito a favores que a concubina recebeu, amealhou e conservou ao longo e para além da relação concubinária, com ênfase ao imóvel residencial e comercial de que é proprietária.

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

Considere-se, por fim, que não se pode mensurar o afeto, a intensidade do próprio sentimento, o desprendimento e a solidariedade na dedicação mútua que se visualiza entre casais. O amor não tem preço. Não há valor econômico em uma relação afetiva. Acaso houver necessidade de dimensionar-se a questão em termos econômicos, poder-se-á incorrer na conivência e até mesmo estímulo àquela conduta reprovável em que uma das partes serve-se sexualmente da outra e, portanto, recompensa-a com favores.

Dessa forma, não há viabilidade de se debater acerca dos efeitos patrimoniais do concubinato quando em choque com os do casamento pré e coexistente, porque definido aquele, expressamente, no art. 1.727 do CC/02, como relação não eventual entre homem e a mulher, impedidos de casar. A disposição legal tem o único objetivo de colocar a salvo o casamento, instituto que deve ter primazia, ao lado da união estável, para fins de tutela do Direito. (STJ - 3ª Turma – Recurso Especial nº 872.659/MG, relatora ministra Nancy Andighi, publicado no DJ de 19.10.2009)

Percebe-se que toda a decisão foi fundamentada sob aspectos formais, tendo como núcleo central a incompatibilidade de atribuir direitos sucessórios à concubina com o fato do *de cujus* ser legalmente casado até a data do óbito.

Em nenhum momento os aspectos materiais, tais como o longo período de convivência, os trabalhos domésticos realizados, o carinho e atenção dispensados, o conjunto de bens adquiridos durante a relação concubinária, foram levados em consideração.

A hierarquia constitucional do casamento, defendida pela ministra é contestada através da leitura do art. 226 e seus parágrafos, onde é reconhecido como entidade familiar não só o casamento, mas também a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, tendo todas elas a mesma proteção do Estado.

Segundo Queiroz e Neri (no prelo, 2010) o discurso utilizado pela ministra relatora desqualificou duplamente o valor do trabalho doméstico e a postura moral e sexual da concubina.

Em toda e qualquer decisão para ser considerada justa, é preciso se analisar o caso de forma **concreta**, ou seja, observar a real situação que gira em torno da lide. No caso em tela os ministros analisaram o caso de forma abstrata e não levaram em consideração os comprovados laços sócio-afetivos e domésticos na duradoura relação concubinária.

Os valores da decisão não são compatíveis com os valores sociais, pois se as relações concubinárias existem, não podem sofrer essa discriminação só porque não foi devidamente regulamentada pela legislação. Não cabe ao Poder Judiciário, quando provocado para decidir conflitos optar sempre pelos direitos positivados, em detrimentos de outros, que ainda não foram ou que

nunca serão. Agindo dessa maneira, o Judiciário deixa de realizar sua principal função, qual seja: aplicar a **justiça**.

Em sentido oposto da decisão em epígrafe, o pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), reconheceu o recebimento de pensão previdenciária à concubina que conviveu com o *de cujus* por 32 (trinta e dois anos), surgindo dessa união o nascimento de uma filha. Entendeu o relator, desembargador Marcelo Navarro que apesar de controvertido, o Supremo Tribunal Federal vem modificando sua jurisprudência para reconhecer direitos à concubina apesar do companheiro ser legalmente casado.

Percebe-se que apesar de ser um tema bastante controvertido e de inúmeras interpretações, o Poder Judiciário aos poucos vem tentando suprir a lacuna legislativa na tentativa de flexibilizar direitos para assegurar também à concubina amparos legais, como pensão, indenização, partilha de bens, que atualmente é reconhecido apenas para as esposas e companheiras.

#### 4. FEMINISMO E A CRÍTICA AO DIREITO

A legislação brasileira está evoluindo cada vez mais para um mundo mais humanitário, onde a diferença de cor, raça, religião e sexo não seja motivo de discriminação entre os povos. A evolução dos direitos humanos cresce a passos largos, contudo as mulheres ainda são alvos de crueldade e submissão pelo sexo oposto.

Nesses termos, de acordo com Gomes (2003, p.51) observa-se que:

Nunca se proclamaram tantos direitos humanos e novos direitos e, no entanto, ainda se mutilam mulheres, amputando-lhes parte da genitália, em um ritual doloroso e humilhante de violação de sua integridade física e moral, em nome de sua submissão ao sexo oposto, a exemplo do que se dá em certos países africanos. Mulheres de todo o planeta ainda são vítimas de toda forma de violência e opressão, sobretudo dentro da família. No Brasil o quadro não é diferente.

A nossa Constituição Federal em seu art. 5º inciso I assim dispõem:

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

**I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição** (grifo nosso).

(...).

O dispositivo em epígrafe foi fruto de uma grande evolução histórica, na qual as mulheres foram adquirindo pouco a pouco alguns direitos que antes eram exclusivos aos homens. Contudo muito há ainda que se evoluir.

Obviamente, a inovação legislativa não é a única, sequer a melhor forma de diminuir a desigualdade entre os gêneros. O aumento da educação formal, a ocupação das mulheres nos postos de trabalho e a capacitação econômica são sem dúvida a maior transformação de nossos tempos. Hoje, milhões de mulheres tomaram o controle dos seus destinos econômicos e conquistaram mais autonomia, entretanto, as mulheres ainda são submetidas rotineiramente ao sexismo e às interdições sociais.

Algumas teorias, como a do patriarcado, afirma que essa submissão da

mulher em relação ao homem decorre de fatores naturais, ou seja, intrínseco à pessoa desde o nascimento, e que os fatores externos em nada influenciariam. Sendo assim, o espaço privado estava destinado à mulher, já o espaço público ao homem. Tal divisão era importante inclusive para a própria manutenção da sociedade.

Partindo-se para uma visão mais cristã (VIEIRA 1994 *apud* GOMES 2003) afirma que:

Sob o prisma do pensamento judaico-cristão e sob a forma das relações sociais, estabelecidas nas sociedades ocidentais, o Gênesis dita o modelo de homem e mulher. Esse modelo pertence a uma ideologia universalista e moralista, que se vale de variados elementos, tais como a submissão e desvalorização da mulher, a regulamentação da conduta e os mecanismos de representação simbólica negativa desta sexualidade. Por conseguinte, o modelo de homem e mulher se expressa através de Adão e Eva, já que o cristianismo nega a existência de Lilith como a primeira mulher de Adão.

Seja qual for o marco histórico de tal desvalorização e discriminação, tais condutas ainda estão presentes na atualidade, seja na privação de execução dos trabalhos domésticos, que na maioria das vezes são executados por mulheres, ou, seja na luta desigual no mercado de trabalho. Assim, afirma Vieira que: “As atividades produtivas – o trabalho remunerado – tornara-se um domínio masculino. E as improdutivas – o trabalho doméstico – um domínio feminino” (VIEIRA 1994, *apud* GOMES 2003).

As feministas liberais encontraram na dicotomia público/privado uma forma de não intervenção do Estado na esfera privada do indivíduo, sendo assim, tentam operar transformações principalmente na esfera pública das relações de gênero, lutando, por exemplo, por iguais direitos da mulher no mercado de trabalho e na participação política. Por outro lado, o feminismo liberal pouco tocou na esfera das relações privadas consideradas pelo liberalismo como uma espécie de área sagrada onde o Estado nunca deveria intervir. Assim, segundo Chambouleyron (2007) “Sem questionar a distribuição de tarefas e de poder na esfera doméstica o feminismo liberal do século XIX encontrava suas próprias limitações”.

Importante são os ensinamentos de Gomes (2003, p.53) sobre o assunto:

A dicotomia público/privada acabou por definir contornos rígidos à manifestação da individualidade masculina e feminina e, a partir dessa construção, baseada na desigualdade entre os sexos, estrutura-se a família, o mercado de trabalho, o mundo jurídico, enfim, a sociedade do século XIX e boa parte do século XX. A família conjugal moderna, portanto, longe de ser democrática, revela uma forte hierarquia de gênero (...).

Em meio a esse quadro de opressão e desvalorização surge a necessidade de buscas efetivas em prol dos direitos das mulheres que começam a aparecer a partir dos movimentos feministas, do sistema capitalista, dos avanços tecnológicos e científicos da sociedade moderna e da constituição cidadã de 1988, que deu a mulher, segundo Gomes (2003, p.60) “tratamento diferenciado, porém não discriminatório, em função das especificidades de seu sexo”.

#### 4.1 DIREITOS E DIGNIDADE DA MULHER

Antes mesmo da Constituição de 1988, segundo Gomes (2003), a Constituição de 1934 já reconhecia a igualdade jurídica entre homens e mulheres, apesar de leis infraconstitucionais, como o Código Civil de 1916, paradoxalmente estipular o contrário. Tal conduta pode ser justificada pela grande dificuldade de aplicar a igualdade entre os sexos diante de uma sociedade altamente machista. Percebe-se, portanto, que paralelamente à emancipação legislativa é essencial que ocorra também à mudança de valores sociais para que só assim comece a existir de fato uma mudança substancial, e não meramente formal como vem acontecendo até os dias atuais.

Nesse sentido, afirma Gomes (2003, p.66):

Percebe-se que ainda resta muito a ser feito para que possa passar do discurso legal à prática social (...), sobretudo no que diz respeito à própria mudança de mentalidade de homens e mulheres da população, pois, por mais que a igualdade constitucional seja atualmente uma realidade jurídica, a discriminação de gênero, embora mais sofisticada, continua presente no cotidiano feminino. Trata-se novamente da contraposição entre igualdade formal e substancial: a primeira foi alcançada definitivamente com a Constituição de 1988; a segunda constrói-se lenta e pacientemente.

Apesar de estar presente desde a constituição de 1934, conforme Gomes (2003), a isonomia jurídica ganhou um grande impulso com a constituição cidadã de 1988 ao estabelecer em seu art. 5º, inciso XLI que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”

Com esse novo *status* social da mulher era preciso e, mais que isso necessário, estabelecer mudanças profundas não só nas legislações infraconstitucionais, como o Código Civil de 1916, mas principalmente mudanças no âmbito social, tendo em vista a existência de um conservadorismo muito forte.

Nessa linha de raciocínio, (VERUCCI, 1994 *apud* GOMES,2003):

A Constituição de 1988 mudou o estatuto legal das mulheres e refletiu a idéia de democratização da família, como queriam as feministas, porém não se refletiu ainda suficientemente sobre os efeitos gerais e específicos do princípio da igualdade.

(...)

A igualdade constitucional terá que ser implantada não apenas alterando toda a legislação infraconstitucional que a contrarie, mas, sobretudo, criando as condições sociais, políticas e econômicas que viabilizam a eficácia da lei. Há que se pôr em prática mecanismos específicos para se cumprir a imposição constitucional

De acordo com a hierarquia constitucional, contudo, as normas infraconstitucionais tiveram que se adaptar à norma maior. Sendo assim, muitos dos hábitos que eram considerados “naturais” não foram recepcionados pela nova constituição.

Mudanças consideráveis foram feitas no âmbito familiar. Estabelecendo no art. 226 § 5º que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Verificou-se assim a existência de uma família democrática onde nem o homem nem a mulher têm o poder absoluto e cabe apenas ao Poder Judiciário conforme Gomes (2003, p.67) “dirimir controvérsias insolúveis consensualmente entre o casal”.

Outro passo muito importante trazido pela Constituição de 1988 foi a redução do prazo da separação judicial para a conversão em divórcio, que antes era de cinco anos, assim como também a possibilidade do divórcio

direto.

Tais modificações foram de grande importância para o direito da mulher, pois estas se viram mais livres para romper um vínculo que não era mais satisfatório e, mais importante que isso, tendo assegurado todos os seus direitos, como por exemplo, a partilha de bens, possibilidade de recebimento de pensão, guarda dos filhos e uso do nome.

Muito se avançou em relação à igualdade jurídica. Hoje, as mulheres conquistaram o mercado de trabalho, chegando inclusive a exercer cargos de chefia em algumas empresas. Contudo, tal avanço não é percebível na esfera privada, onde ainda existe a dominação do homem sobre a mulher, fruto do sistema patriarcal, onde se organiza normas de conduta para cada sexo, cabendo ao homem, conforme observa Silva (2010. p. 9) “ser agressivo, inteligente, forte e eficaz; à mulher cabe ser dócil, passiva, ignorante, frágil e virtuosa”.

Como o Estado só pode intervir nas relações familiares em casos excepcionais, tendo os particulares o livre arbítrio de gerirem sua vida internamente, baseando-se inclusive nos costumes passados de geração em geração, a evolução legislativa que ocorreu na esfera pública não teve a mesma sorte nas relações privadas. Porém, os particulares não são livres para fazerem tudo que querem e da forma que querem, tendo como limite leis e legislações. Agindo de acordo com estas, só assim irão possuir a discricionariedade para atuarem da forma que quiserem.

Apesar do Estado não agir, regra geral, diretamente na esfera privada, a Constituição Federal de 1988 possibilitou ao Estado o uso de mecanismos para agir de forma indireta, como por exemplo, ao coibir a violência doméstica.

Atualmente, o conceito de família vem se dilatando pouco a pouco, devendo ter a mesma proteção estatal não só as uniões constituídas pelo casamento, uniões estáveis ou uniões monoparentais, mas também para àquelas que não são reconhecidas, mas, que existem em nosso meio social,

como o concubinato.

Não podemos esquecer também que foi com a nossa atual constituição que os filhos havidos fora do casamento ganharam o *status* de legítimos, fruto de longas batalhas feministas e de alguns juristas para reconhecer tal isonomia.

Vê-se assim que os avanços conquistados foram de suma importância, todavia, nem todos os direitos tiveram o reconhecimento constitucional, como por exemplo, o direito ao aborto, que atualmente está sendo fruto de grandes discussões no Plano Nacional de Direitos Humanos 3.

Segundo a Organização das Nações Unidas – ONU os doze direitos da mulher são:

- 1) Direito à vida;
- 2) Direito à liberdade e a segurança pessoal;
- 3) Direito à igualdade e a estar livre de todas as formas de discriminação;
- 4) Direito à liberdade de pensamento;
- 5) Direito à informação e educação;
- 6) Direito à privacidade;
- 7) Direito à saúde e a proteção desta;
- 8) Direito a construir relacionamento conjugal e a planejar sua família;
- 9) Direito a decidir ter ou não filhos e quando tê-los;
- 10) Direito aos benefícios do progresso científico;
- 11) Direito à liberdade de reunião e participação política e

12) Direito a não ser submetida a tortura e maus tratos.

No que tange aos direitos sociais da mulher a maior ampliação que a Constituição Federal de 88 trouxe foi em relação à licença maternidade, que sem prejuízo do emprego e salário tem duração de cento e vinte dias, acrescentando ainda o art. 392 da CLT a proibição do trabalho da mulher no período de quatro semanas antes e oito depois do parto.

A licença maternidade, muito criticada no início principalmente pelas pequenas empresas que teriam que arcar financeiramente com a ausência da trabalhadora, passou a ser um benefício previdenciário, sendo agora financiada pelas contribuições patronais, ou seja, um encargo suportado por todo o empresariado de uma forma geral, evitando assim maiores discriminações de gênero

A estabilidade da empregada gestante também foi prevista na constituição, especificamente no art. 10 do Ato das disposições transitórias: “... II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: (...) b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto...”

Outro direito social que indiretamente aproveita às mulheres é o previsto no art. 7º, inciso XXV ao prever que são direitos de todos os trabalhadores “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”.

Com essa previsão legal as mulheres passaram a ter uma maior liberdade e segurança para voltarem ao mercado de trabalho, visto que têm a opção de deixarem seus filhos sobre os cuidados das pré-escolas e creches dificultando assim a substituição da trabalhadora.

Sem medo de errar a Constituição de 1988 foi um divisor de águas na luta da emancipação feminina, apesar de que muito ainda há que ser feito. De todos os direitos constitucionalizados para Gomes (2003, p.73) o mais importante deles “mais ainda do que a isonomia jurídica é o direito a um tratamento digno, compatível, sobretudo, com a condição de ser humano”.

O princípio da dignidade humana presente logo no primeiro artigo da constituição revela de fato, um princípio norteador de todos os demais princípios e direitos, sendo ele a origem dos direitos materialmente fundamentais e do Estado Democrático de Direito

Esclarece Barroso (2009, p. 252) que:

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar

Tendo a dignidade da pessoa humana essa característica de princípio norteador de todo nosso ordenamento jurídico, toda e qualquer pessoa merece ser respeitada somente por sua condição de ser humano. Dessa forma, a concubina, alvo do nosso trabalho, apesar de socialmente rechaçada, discriminada e desvalorizada, precisa ser vista de outro ângulo, é preciso analisar caso a caso de forma concreta e não abstratamente.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o trabalho monográfico realizado, tem-se percebido que os discursos elaborados pelos Ministros dos Tribunais Superiores são discursos que parecem carregar uma verdade absoluta, fazendo que a população, de um modo geral, acredite que todo o conflito instaurado encontra-se resolvido por uma simples decisão, que na maioria das vezes, não teve o cuidado necessário de analisar os fatos e conseqüências de cada caso particular indo de encontro com o princípio da legalidade e moralidade.

Apesar da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º estabelecer a igualdade jurídica entre homens e mulheres, e que dita igualdade vem ganhando um grande espaço no mundo jurídico e social, acredita-se que esta igualdade seja apenas aparente, uma vez que diante de casos concretos a submissão da mulher em relação ao homem ainda é marcante mesmo nos dias atuais.

Sabe-se que a mulher ao longo do tempo sempre sofreu discriminação, seja no âmbito da própria família, ou seja, no âmbito social, a mulher nunca pode exercer os seus direitos, vontades e liberdades de forma autônoma, ao contrário do homem que tinha o direito de fazer tudo, as mulheres eram apenas uma sombra.

A idéia de superioridade masculina foi se reproduzindo e, por incrível que pareça ainda se faz presente no século XXI.

As feministas acreditam que os princípios jurídicos, da moral e da dignidade da pessoa humana estariam bem mais respeitados se os tomadores de decisões se colocassem no lugar das pessoas que eles estariam julgando, olhando para cada caso como se ele fosse único e não apenas mais um.

O direito, por estar indiscutivelmente ao lado do homem, não consegue visualizar os anseios e desejos femininos, sendo assim, o direito a igualdade deve ser ainda mais discutido para poder propiciar decisões mais justas.

Os valores femininos devem ser mais conhecidos sendo levando em consideração as reais diferenças existentes entre os gêneros, com o objetivo de propiciar uma nova visão do papel da mulher na sociedade atual, para que sejam postos em prática os direitos humanos das mulheres.

## 6. REFERÊNCIAS

**Adúltero que abandona tem de indeniza-lá.** Consultor Jurídico. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-11/adultero\\_abandona\\_ex-amante\\_indeniza-la](http://www.conjur.com.br/2006-jan-11/adultero_abandona_ex-amante_indeniza-la)>. Acessado em 23 de junho de 2010.

BRASIL. **Código civil.** 16ª . ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <[https://www3.tj.rs.gov.br/site\\_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=9734](https://www3.tj.rs.gov.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=9734)>. Acessado em: 23 de junho de 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 16ª . ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.** Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/noticia/faces/jsp/noticiasView.jsp;jsessionid=ac13022130d55b8b013a743347389742d2f5647a1e7e.e3iRb3eTc310bxeOa3yPaxqSe0?cdDocumento=10847&tpMateria=2>>. Acessado em 23 de junho de 2010

BUNN. Pedro Roberto. **A anomia e a desproteção do cidadão homossexual na sociedade.** Disponível em <<http://www.oabpb.org.br/espacos.jsp?id=323>>. Acessado em: 19 de junho de 2010

BRASIL. **Tribunal Regional Federal 5ª Região.** Notícias. Disponível em <[http://www.trf5.jus.br/noticias/1555/pleno\\_cria\\_jurisprudencia\\_em\\_matacria\\_de\\_concubinato.html](http://www.trf5.jus.br/noticias/1555/pleno_cria_jurisprudencia_em_matacria_de_concubinato.html)> Acessado em 07 de julho de 2010

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 872.659/MG. Relatora ministra Nancy Andrighi. Brasília/DF, 19 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 27 de junho de 2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº9880090/MS, relator ministro Luis Felipe Salomão, publicado no DJ de 22.02.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 19 de maio de 2010.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.** Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/noticia/faces/jsp/noticiasView.jsp;jsessionid=ac13022130d55b8b013a743347389742d2f5647a1e7e.e3iRb3eTc310bxeOa3yPaxqSe0?cdDocumento=10847&tpMateria=2>>. Acessado em 23 de junho de 2010

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº: 674.176 – PE, relator ministro Nilson Alves, publicado no DJ de 31 de agosto de 2009. Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=709337&sReg=200400998572&sData=20090831&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=709337&sReg=200400998572&sData=20090831&formato=PDF)>. Acessado em 24 de junho de 2010

DIAS. Maria Berenice. **Bem feito feito! Quem manda ser mulher?.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=389>>. Acessado em 19 de maio de 2010.

**Direitos da Mulher.** Disponível em:

<<http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/direitodasmulheres.htm>>. Acessado em: 13 de junho de 2010.

GOMES, Renata Raupp. **Os novos direitos na perspectiva feminina: a constitucionalização dos direitos das mulheres.** In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos direitos no Brasil”.** São Paulo: Editora Saraiva. 1ª ed. 2003.

LFG. **Pensão por morte e o direito da concubina (Informativo 535).** Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090220101806808](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090220101806808)>. Acessado em: 19 de maio de 2010.

LOURIVAL, Serejo. **Análise crítica do concubinato e suas consequências patrimoniais.** In DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1ª ed. 2009b

QUEIROZ, Eveline Lucena Neri de; NERI, Christiane Soares Carneiro. Discurso moralista sexual e os direitos da concubina: por uma interpretação judicial contextualizada. In Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: No prelo 2010.

STOLZE, Pablo. **Direitos da(o) amante. Na teoria e na prática (dos tribunais).** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11500>>. Acessado em: 19 de maio de 2010.

SILVA, Elizabete Rodrigues da. **Feminismo radical – pensamento e movimento.** Disponível em:

<[http://www.unioeste.br/prppg/mestrados/letras/revistas/travessias/ed\\_004/artigos/cultura/pdfs/FEMINISMO\\_RADICAL.pdf](http://www.unioeste.br/prppg/mestrados/letras/revistas/travessias/ed_004/artigos/cultura/pdfs/FEMINISMO_RADICAL.pdf)>. Acessado em 10 de junho de 2010

SEREJO, Lourival. **Em defesa da concubina. Análise do recurso especial N. 872.659/MG.** Disponível em:

<[http://www.lourivalserejo.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=39:em-defesa-da-concubina-analise-do-recurso-especial-n-872659mg&catid=14:familia&Itemid=10](http://www.lourivalserejo.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=39:em-defesa-da-concubina-analise-do-recurso-especial-n-872659mg&catid=14:familia&Itemid=10)>. Acessado em 19 de maio de 2010a.

STOLZE, Pablo. **Direitos da(o) amante. Na teoria e na prática (dos tribunais).** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11500>>. Acessado em: 19 de maio de 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2009.