www.conteudojuridico.com.br

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**

# O CONCUBINATO ADULTERINO COMO ENTIDADE FAMILIAR

A necessidade do rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina

Manuela Clemente Silva Torres Rabelo

Orientadora: Prof.ª Dr.ª Fabíola Santos Albuquerque

Monografia Final de Bacharelado em Direito - UFPE

**Recife, 2012**

**Manuela Clemente Silva Torres Rabelo**

# O CONCUBINATO ADULTERINO COMO ENTIDADE FAMILIAR

A necessidade do rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina

**Monografia Final de Curso apresentada como requisito para obtenção do título de Bacharelado em Direito pelo CCJ/UFPE.**

**Direito Civil; Direito de Família.**

Recife, 2012

**Manuela Clemente Silva Torres Rabelo**

**O Concubinato Adulterino como Entidade Familiar: a necessidade do rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina**

**Monografia Final de Curso**

**Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito**

**Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR**

**Data de Aprovação: __/__/____**

_____

**Prof.ª Dr.ª Fabíola Santos Albuquerque**

_____

**Prof.**

_____

**Prof.**

Agradeço à minha amada mãe, Maria Joselma, pela dedicação constante, por ser minha luz e minha inspiração, por acreditar no meu potencial, e por desejar, acima de tudo, a minha felicidade;
À minha segunda mãe, Yolanda, que apareceu no meu caminho como um anjo e cuidou de mim, com o maior carinho, quando eu precisei;
À minha sobrinha-irmã, Ana Beatriz, que, com sua doçura, torna os meus dias mais alegres e iluminados.
À minha irmã do coração, Giovana, por ter construído junto comigo a amizade mais linda, que se mantém durante todos esses anos, me trazendo alegria e paz;
À minha família, em especial à minha tia Maria Aparecida, por vibrar com as minhas conquistas e desejar sempre o meu sucesso;
Aos amigos, principalmente às minhas queridas Gabriely Darc e Gabriela, por cada momento compartilhado e pela presença constante;
Aos mestres da Faculdade de Direito do Recife, por todos os ensinamentos oferecidos e pelo esforço em nos tornar profissionais competentes e comprometidos com a ética.

*“O caminho da vida pode ser o da liberdade e da beleza, porém nos extraviamos. A cobiça envenenou a alma dos homens, levantou no mundo as muralhas do ódio e tem-nos feito marchar a passo de ganso para a miséria e os morticínios. Criamos a época da velocidade, mas nos sentimos enclausurados dentro dela. A máquina, que produz abundância, tem-nos deixado em penúria. Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa inteligência, empedernidos e cruéis. Pensamos em demasia e sentimos bem pouco. Mais do que de máquinas, precisamos de humanidade. Mais do que de inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem essas virtudes, a vida será de violência e tudo será perdido”.*

(Charles Chaplin – “O último discurso”)

**RESUMO**

O presente trabalho acadêmico será pautado em uma visão plural e eudemonista de família, tendo como escopo demonstrar a natureza familiar do concubinato adulterino e a necessidade de chancela jurídica aos direitos da concubina, especialmente no âmbito previdenciário. O primeiro capítulo explicitará a evolução histórica da concepção de família e das próprias uniões simultâneas, além de abordar a introdução de novos valores pela Carta de 1988 e a conseqüente mudança de paradigmas no Direito de Família. No segundo, por sua vez, far-se-á uma análise minuciosa acerca das características do concubinato adulterino, distinguindo-o da união estável. Ademais, será defendida a tese da natureza familiar implícita do instituto, tendo-se em vista o atendimento aos requisitos da afetividade, ostensibilidade e estabilidade. Finalmente, no terceiro capítulo, será enfatizada a natureza assistencialista da Previdência Social, visando com isto ter subsídios para a defesa do rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina, à luz dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade.

**Palavras-chave:** concubinato adulterino; entidade familiar implícita; pensão por morte; rateio.

## ABSTRACT

This academic paper will be focused on a plural and eudaimonistic vision of family, with the scope to demonstrate the family nature of adulterous concubinage and the need of legal official seal to the rights of the concubine, especially in social security. The first chapter will go through the historical evolution of the concept of family and their own simultaneously unions, and also address an introduction of these new values of the 1988 Constitution and the subsequent paradigm shift in family law. In the second chapter, there will be a detailed analysis about the characteristics of adulterous concubinage in order to distinguishing it from the stable union. Moreover, it will defend the thesis on the implicit nature of the family institute, taking into account the meeting of the requirements of affection, ostensibility and stability. Finally, in the third chapter, we will emphasize the nature of Social Welfare and the need for apportionment of death benefits between the widow and mistress, taking into account the constitutional principles of human dignity and solidarity.

**Keywords:** adulterous concubinage; implicit nature of the family institute; death benefits; apportionment.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

RGPS – Regime Geral de Previdência Social

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....10

1 A Concepção de Família e o Concubinato Adulterino - Delineamento Histórico .12

1.1 Conjuntura Nacional .....16

2 Novos Paradigmas Introduzidos pela Constituição Federal de 1988 .....17

3 Concubinato como Gênero - Conceito e Classificação.....22

3.1 Concubinato Adulterino .....24

4 Concubinato Adulterino como Entidade Familiar Implícita.....30

5 Os Direitos da Concubina no Âmbito Previdenciário .....33

5.1 A Previdência Social como Instrumento de Proteção à Sobrevivência .....33

5.2 Pensão por Morte - Necessidade de Rateio entre a Viúva e a Concubina....35

CONSIDERAÇÕES FINAIS .....42

Referências Bibliográficas.....44

## INTRODUÇÃO

Em face das mudanças e das complexidades sociais que permeiam o mundo hodierno, já não há sentido a perpetuação de uma hermenêutica fechada e estrita no âmbito do Direito de Família. Faz-se imprescindível a observância dos novos valores introduzidos pela Carta de 1988, a qual, mediante a consagração dos princípios do pluralismo, da afetividade e da solidariedade, permitiu a superação do modelo único de família, fundado exclusivamente na união matrimonial.

Destarte, com a globalização, a mudança de costumes e a emancipação da mulher, foram rompidos os paradigmas que regiam a família de outrora. Como leciona Maria Berenice Dias, "assumindo as pessoas cada vez mais os seus desejos, o conceito de família foi reinventado, passando a dispor de um perfil multifacetário"[1].

Sem embargo, em pleno século XXI, persiste o preconceito e a visão deturpada da sociedade acerca do real significado do concubinato adulterino. O instituto é, ainda, equivocadamente, utilizado para designar meros relacionamentos esporádicos de amantes, que visam somente à satisfação do prazer sexual. Tal estigma acaba por influenciar também a mentalidade dos operadores do direito, acarretando graves injustiças sociais.

Como situação concreta, presente desde os primórdios da evolução humana, o concubinato adulterino gera direitos e deveres às partes envolvidas na união simultânea. Este trabalho almeja, por conseguinte, frisar a gravidade do não reconhecimento de efeitos jurídicos ao instituto. Trata-se de um estudo centrado na análise da própria realidade jurídica, examinando-se os diferentes posicionamentos assumidos pelos magistrados, em pleitos que requerem a proteção dos direitos dos concubinos na seara do Direito de Família e, especificamente, no âmbito previdenciário.

Busca-se, aqui, atentar sempre para a dependência econômica que, de regra, existe entre os concubinos, mormente em relação à mulher, demonstrando-se

---

[1] DIAS, Maria Berenice. Sociedade de Afeto. Disponível em: **http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_sociedade_de_afeto.pdf.** Acesso em: 6 fev., 2012.

que o direito à vida, elencado no art. 5º da CF[2], deve estar acima de qualquer moralismo conservador. Mesmo em um contexto de omissão da legislação infraconstitucional e de divergências jurisprudenciais acerca do tema, é mister o reconhecimento de direitos à concubina, especialmente, o direito à partilha do benefício previdenciário.

Questiona-se, ademais, a intervenção do Estado em um âmbito tão privado e íntimo como o das uniões sócio afetivas, sob o pífio argumento de proteção à monogamia, como se esta pudesse ser elevada à categoria de interesse público. O que se pretende é demonstrar, exatamente, que a intervenção estatal na referida esfera somente é justificável sob um enfoque de proteção, e jamais de exclusão de direitos.

Deste modo, tomando como alicerce, mormente, os princípios da dignidade humana e da solidariedade familiar, examina-se, no presente trabalho, a situação de óbito do segurado que mantinha relacionamentos simultâneos com a esposa e a concubina. Diante da natureza familiar do concubinato adulterino e do caráter assistencialista da Previdência Social, pretende-se defender a viabilidade do rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina, em decorrência do falecimento do componente comum.

Portanto, trata-se de uma pesquisa desvinculada de qualquer visão pejorativa acerca do instituto do concubinato adulterino, tendo como escopo frisar a importância do benefício previdenciário como instrumento de sobrevivência humana. Ademais, será feito um estudo comparativo dos diferentes julgados sobre o tema, expondo-se a tendência de inúmeros tribunais, além da visão que vem sendo adotada pela Suprema Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça.

---

[2] CF, art. 5º: “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 temos seguintes...”.

## 1. A Concepção de Família e o Concubinato Adulterino – Delineamento Histórico

Friedrich Engels, tendo como alicerce as obras de Morgan, descreveu a ordem evolutiva humana em três momentos principais: estado selvagem, barbárie e civilização[3]. Com o escopo de analisar os núcleos familiares desde os tempos mais remotos, foram desenvolvidas algumas teorias, dentre as quais é interessante observar a teoria da monogamia originária, a teoria da promiscuidade primitiva e a teoria das uniões transitórias[4].

De um lado, os defensores da teoria da monogamia originária pregam que a família teria se constituído, primordialmente, sob a forma monogâmica, tendo como verdadeira base o amor filial. Ao revés, há os que defendem a idéia da promiscuidade primitiva, de modo que cada mulher pertenceria a todos os homens e cada homem a todas as mulheres. Isto é, os primeiros relacionamentos afetivos não teriam se desenvolvido sob o manto da exclusividade, sendo a poligamia a primeira manifestação do concubinato adulterino. Por fim, tem-se, ainda, a teoria das uniões transitórias, segundo a qual, após o nascimento do filho, o homem e a mulher permaneceriam juntos somente por um curto lapso temporal.

Inobstante o teor das referidas teorias sociológicas, faz-se imprescindível frisar que, conforme os paradigmas que regem o direito grego e o direito romano, o afeto natural não constitui princípio da família antiga, nada representando no âmbito jurídico o sentimento nutrido de forma recíproca entre os membros familiares. Foi, em verdade, a religião que projetou o alicerce e estabeleceu as regras que passaram a reger a família no direito antigo, representando esta mais uma associação religiosa que uma associação natural. Aqui, tem-se o parentesco regulado pelos direitos de participação no culto, e não pelo simples fato natural do nascimento[5].

O casamento, como primeira instituição estabelecida pela religião doméstica, detinha uma importância essencial na sociedade antiga. Como leciona

---

[3] ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 2ª ed. São Paulo: Global, 1985, p. 55.
[4] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família.** Campinas: Bookseller, 2001, p. 62-64.
[5] COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. São Paulo: EDAMERIS, 1961, p. 57-59. Disponível em: **http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf.** Acesso em: 13 set., 2011.

Fustel de Coulanges, ao ser firmada a união conjugal, a mulher mudava não apenas de residência, mas de religião, uma vez que, daquele momento em diante, deveria louvar não mais os deuses de sua família, mas os deuses da família do marido, passando a proferir ritos e orações distintos. De outra parte, também o marido se sacrificava em prol da união conjugal, revelando à mulher cerimônias e ritos secretos, que constituíam o mais valioso patrimônio familiar. Diante das mencionadas renúncias e sacrifícios, percebe-se a tamanha importância da instituição do casamento no mundo antigo, representando, de fato, uma cerimônia sagrada[6].

Em face da grandeza da referida passagem cerimonial, com a conseqüente mudança de ritos, orações e antepassados, não se admitia mais de uma mulher para o mesmo marido. Frise-se, portanto, que a poligamia era inadmitida, sendo, ademais, de difícil ocorrência a dissolução do casamento religioso.

Todavia, é interessante ressaltar que, inicialmente, na antiga civilização romana, o *concubinatus* representava a mera união livre e estável entre homem e mulher, como se casados fossem, inobstante a ausência da *affectio maritalis* e da *honor matrimonii,* não sendo proibido nem atentatório à moral e aos bons costumes. Até o período do direito clássico, o concubinato existia somente como fato social, tendo sido regulamentado indiretamente, pela primeira vez, pela legislação matrimonial do Imperador Augusto, a saber, *Lex Iulia Et Papia Poppaea de maritandis ordinibus* e *Lex Iulia de Adulteriis,* que criaram normas rígidas e protetoras do casamento. Posteriormente, o Imperador Constantino criou penalidades desestimuladoras do concubinato, até que este foi considerado imoral e abolido pelos imperadores cristãos[7], conforme será tratado adiante.

No referido contexto de combate às práticas concubinárias no mundo antigo, a paternidade, por si só, não assegurava direitos ao pai em relação ao descendente. Assim sendo, o filho nascido de uma relação de concubinato não era colocado sob a autoridade paterna, uma vez que não existia entre ambos uma comunidade religiosa, requisito este essencial nas civilizações antigas. O adultério

---

[6] *Idem Ibidem,* p. 59-68.
[7] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato.** São Paulo: Atlas, 2011, p. 127-130.

era, pois, a mais grave falta a ser cometida, uma vez que o filho nascido dessa relação era considerado um estranho no círculo familiar, tornando o culto impuro[8].

As leis antigas eram, portanto, excessivamente rigorosas em relação à prática do adultério. Em Atenas era facultado ao marido matar o culpado e, em Roma, cabia a ele julgar a mulher, podendo, inclusive, condená-la à morte. Nesse sentido, percebe-se o caráter absoluto atribuído ao casamento, de modo que qualquer violação aos alicerces da união conjugal acarretava conseqüências bastante severas, em face das regras ditadas pela antiga moral doméstica.

Deste modo, por muito tempo, a família foi a única forma de sociedade conhecida pelos homens, sendo plenamente disciplinada pelas crenças religiosas. Todavia, em face do progressivo enfraquecimento da religião antiga, o parentesco por nascimento se consolidou paulatinamente na sociedade, tornando-se juridicamente reconhecido.

Com o advento do Cristianismo, a Igreja Católica, pregando o princípio absoluto da monogamia e a sacralidade da instituição do casamento, combateu rigidamente as relações concubinárias, mediante a cominação de medidas severas, sendo notório seu domínio sobre as relações familiares. Nesse contexto, o concubinato foi combatido mormente por duas importantes figuras, a saber: Santo Agostinho e Santo Ambrósio.

Os preceitos religiosos eram transmitidos aos jovens dentro das corporações de ofício e, em decorrência da economia agrícola, as famílias medievais eram bastante numerosas, com uma estrutura eminentemente patriarcal. Nessa conjuntura histórica, assim como na sociedade romana, era essencial o nascimento de um filho para manutenção do culto religioso.

> Reside nesse aspecto a origem histórica dos direitos amplos, inclusive em legislações mais modernas, atribuídos ao filho e em especial ao primogênito, a quem incumbiria manter unido o patrimônio em prol da unidade religioso - familiar[9].

Deve-se observar que, no século XVI, o Concílio de Trento regulamentou o casamento religioso entre o homem e a mulher e, ainda naquele século, o casamento com efeitos civis foi regulamentado pela primeira vez, na

---

[8] COULANGES, Fustel de, op. cit., p. 131-145.
[9] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direito de família. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4.

Holanda[10]. A instituição do casamento civil afetou significativamente o concubinato adulterino, pois, a partir de então, o relacionamento entre pessoas impedidas de casar passou a ser considerado ilícito para o Direito, produzindo efeitos jurídicos diante da inobservância da norma proibitiva.

Posteriormente, a Revolução Industrial acarretou uma importante mudança paradigmática na concepção de família, sendo claramente ressaltada, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. 16.3, a necessidade de o Estado tutelar amplamente as entidades familiares[11]. Nessa nova conjuntura, em detrimento das famílias numerosas de outrora, inicia-se um rígido controle de natalidade, visto que a família perde seu caráter de unidade de produção, tornando-se instituição propagadora de valores morais e de assistência recíproca. Surge, então, a família nuclear, restrita ao casal e sua prole, o que acarreta a aproximação de seus membros e, por conseguinte, uma maior valorização do vínculo afetivo.

No decorrer do século XX, a influência religiosa torna-se progressivamente mais débil, prevalecendo a liberdade de crença. Percebe-se que a laicização do Estado revolucionou os costumes e, mormente, o Direito de Família, gerando importantes alterações em seu próprio conceito. Diante da nova posição social dos cônjuges, das pressões econômicas e do enfraquecimento das religiões tradicionais, o número de divórcios aumenta consideravelmente e as uniões sem casamento tornam-se progressivamente aceitas pela sociedade e pela legislação. Assim sendo, a unidade familiar deixa de ter como alicerce exclusivo o matrimônio.

> O número de separações judiciais e divórcios vem aumentando gradativamente. De 1993 a 2003, o volume de separações subiu de 87.885 para 103.529 e o de divórcios de 94.896 para 138.676 (ou 17,8% e 44%, respectivamente)[12].

Por conseguinte, adquiriu relevância o número de demandas judiciais que tinham como objeto a ruptura das relações concubinárias, surgindo, inclusive, o direito à indenização para as concubinas. Todavia, conforme será explicitado no

---

[10] IBDFAM. Concubinato Adulterino: Panorama histórico e disciplina jurídica a partir do Código Civil de 2002. Disponível em**: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=321.** Acesso em: 6 jan., 2012.

[11] Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 16.3: "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado".

[12] IBGE. Estatísticas do Registro Civil 2003. Disponível em: **http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=283.** Acesso em: 8 fev., 2012.

decorrer do presente trabalho, tais julgados usavam como fundamento, como ainda ocorre nos dias atuais, as teorias da proibição do enriquecimento sem causa, da sociedade de fato e da obrigação natural, teorias estas já ultrapassadas e típicas da argumentação utilizada pelos juristas do século XIX[13].

### 1.1. Conjuntura Nacional

Conforme ensinamento de Gilberto Freyre, a poligamia também permeou os relacionamentos dos primeiros habitantes brasileiros, os indígenas, configurando, inclusive, um importante fator para o povoamento do território nacional, porquanto o número de europeus era bastante escasso[14]. Entretanto, ressalte-se que as Ordenações do Reino de Portugal proibiam, em absoluto, qualquer relação amorosa não fundada no casamento, tipificando como crime a poligamia e prevendo também o delito de adultério. Já no Período Republicano, o casamento foi instituído como única forma legítima de constituição de família.

Desde a Colônia até boa parte do século XX, o Direito Brasileiro adotou como modelo a família patriarcal, cuja estrutura legitimava a supremacia do poder masculino e a posição jurídica subalterna da mulher. Com o advento do Estado Social, no decorrer do século XX, caracterizado pela intervenção nas relações privadas a fim de proteger os mais vulneráveis, também a concepção de família sofreu importantes alterações, mormente em face dos valores introduzidos pela Constituição de 1988. A proteção à entidade familiar tornou-se centro de preocupação estatal, buscando-se efetivar normas que assegurassem a liberdade e a igualdade materiais aos seus membros, e protegendo-se, inclusive, as famílias não constituídas pelo casamento.

Saliente-se que, ao contrário das Constituições de 1824 e 1891, as Constituições do Estado Social brasileiro trouxeram normas explícitas de proteção à família. A Constituição de 1934 é a primeira a fazer referência expressa à proteção especial do Estado, além de dedicar todo um capítulo à família, estabelecendo as

---

[13] IBDFAM, op. cit.

[14] FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala.** 20ª ed. Rio de Janeiro/ Brasília: Livraria José Olympio/ INL-MEC, 1980, p. 245-246.

regras do casamento indissolúvel[15]. A Carta de 1937, por sua vez, equiparou os filhos naturais aos legítimos, além de determinar o dever dos pais em face da educação dos filhos. Deve-se, ainda, ressaltar a assistência à maternidade e o estímulo à prole numerosa pela Constituição de 1946. Todos esses avanços culminaram nos valores introduzidos pela Constituição de 1988, a que, de fato, mais inovou e ampliou a esfera de proteção às entidades familiares.

> Modelos de família, ancestrais, feudais, modernas e pós-modernas – para deixar reduzido, em poucas variações, o percurso intenso – se sucederam e a foto sobre a lareira foi se alterando com a mudança dos costumes, com a conversão ou inversão dos valores, com a introdução de novos comportamentos e de novos princípios, com o abandono de matrizes em desuso, e assim por diante[16].

A hodierna concepção de família como lugar de realização de afetos difere, portanto, da que a concebia como mera instituição natural e de direito divino, visto que as variadas mudanças no contexto econômico, político e social atingiram também as relações jurídico-familiares. Tornou-se arcaica e hipócrita aquela visão segundo a qual seria família somente a derivada da união conjugal.

## 2. Novos Paradigmas Introduzidos pela Constituição Federal de 1988

Em detrimento dos fortes resquícios patriarcais que predominaram na legislação civil brasileira até a segunda metade do século XX, faz-se mister salientar a atual função da família conforme os valores introduzidos pela Constituição de 1988: a saber, a denominada função sócio afetiva. Compreendeu-se a premente necessidade de reconhecer outras entidades familiares, além daquelas constituídas pelo casamento, operando-se uma importante flexibilização do conceito de família. Como leciona Rodrigo da Cunha Pereira, “a verdadeira liberdade e ideal de Justiça

---

[15] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família Contemporâneo:** doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.17.

[16] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: DEL´ OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48.

estão naqueles ordenamentos jurídicos que asseguram um Direito de Família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor"[17].

Conquanto a Carta Maior mencione expressamente apenas o casamento, a união estável e a comunidade monoparental como entidades familiares, pode-se dizer que a referência a estas duas últimas já representa, por si só, uma evidente ruptura com o modelo único que existia até então, centrado na união matrimonializada. Além disso, representa uma mudança paradigmática no ordenamento jurídico pátrio, passando a família a ser tratada, a partir de então, sob a ótica do pluralismo, da afetividade e do princípio eudemonista. Assim, a idéia de taxatividade do rol constitucional de entidades familiares não se coaduna com a complexidade social das relações hodiernas, devendo-se, ao revés, realizar uma hermenêutica extensiva, com o escopo de assegurar o melhor interesse de cada componente dos mais diversos arranjos familiares.

Nesse sentido, observa-se um importante avanço da legislação nacional ao atribuir efeitos jurídicos próprios do Direito de Família às demais entidades familiares. Deste modo, o texto constitucional permitiu uma interpretação ampla quanto à abrangência do conceito de entidade familiar, sendo o seu rol meramente exemplificativo. Aqui, é importante não olvidar que, recentemente, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que reprime a violência doméstica e familiar contra a mulher, identificou como família qualquer relação de afeto.

Foram desenhados, assim, na conjuntura nacional, novos paradigmas e novos modelos de família, alicerçados na dignidade humana e na solidariedade, com o escopo de assegurar a realização integral de seus membros. Houve uma importante valorização do vínculo afetivo, em detrimento dos laços sanguíneos e patrimoniais, passando a família a configurar uma entidade plural[18].

Embora a nova Constituição tenha efetivado a referida mudança de paradigma, percebe-se que o Código Civil de 2002 manteve um teor predominantemente patrimonial, em detrimento da *affectio,* o que descaracteriza a concepção atual de família. A mencionada codificação civil ainda apresenta fortes

---

[17] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: DEL´ OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos:** estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 121.

[18] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 50-56.

resquícios do sistema anterior, não abarcando as mudanças de costumes e a pluralidade de formas de famílias presentes nas diversas relações sociais.

É necessário, assim, assegurar o movimento de Repersonalização do Direito Civil, mormente no tocante às relações familiares, com o objetivo de manter o enfoque personalístico da afetividade no Direito de Família, e não mais aquela abordagem patrimonial de outrora. Destarte, nos dias atuais, não faz mais sentido tutelar a família como um ente transpessoal, a saber, como um bem em si mesmo, plenamente vinculado às hipóteses de produção e procriação, mas, ao revés, como ambiente apto ao desenvolvimento da personalidade e da realização pessoal e afetiva de seus membros.

Sem embargo, ainda persiste como fundamento de muitos julgados a idéia de que os três tipos de entidades familiares elencados no art. 226 da CF constituem *numerus clausus,* excluindo-se, assim, as diversas outras famílias que coexistem na realidade fática. Ademais, não se pode olvidar que, ainda hoje, há inúmeros doutrinadores que pregam a supremacia do casamento em detrimento de outros possíveis arranjos familiares, como, v.g., Maria Helena Diniz, Álvaro Villaça Azevedo, Sílvio de Salvo Venosa, Antônio Junqueira, dentre outros. Todavia, o que se impõe na sociedade hodierna é exatamente a superação da tese do *numerus clausus* e o tratamento isonômico de todas as entidades familiares, sem qualquer teor discriminatório. Como leciona Paulo Lôbo, a exclusão não está no texto constitucional, mas na própria interpretação[19].

Inobstante se entenda que a maior parte da sociedade se desenvolva em núcleos familiares fundados no matrimônio, não se pode, em absoluto, desconhecer a existência de indivíduos que elegem outras formas de arranjos familiares, não menos dignas que aquela, merecendo, assim, uma proteção isonômica de seus direitos. Ademais, a antiga idéia de estabilidade como um dos mais fortes argumentos de defesa em favor da união matrimonial tem perdido força, mundialmente, na atualidade, havendo, inclusive uma clara tendência no sentido de facilitar o divórcio, em vários ordenamentos. A qualidade de "pessoa" e o inviolável

---

[19] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus.* Disponível em**:** **http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas.** Acesso em: 27 out., 2011.

princípio da dignidade humana devem estar acima de qualquer postura arcaica, impregnada, em pleno século XXI, de um abusivo teor patriarcal.

> A Constituição de 1988 já reconhece como forma de família não somente aquelas constituídas pelo casamento, mas também pela união estável e a comunidade formada pelos pais e seus descendentes. Apesar disso, alguns julgadores e juristas têm resistido em conceber a família de forma plural, apoiados em concepções do século passado. Lévi-Strauss e Lacan já mostraram ao mundo, há muitas décadas, que o cerne da família e o laço principal de sua formação estão em uma estruturação psíquica entre os sujeitos envolvidos, onde cada um exerce uma função e tem lugares definidos. O direito já deveria ter entendido isto[20].

É fundamental que a legislação respeite as diversidades decorrentes da realidade fática, abarcando as novas transformações sociais e, por conseguinte, assegurando efeitos jurídicos aos novos arranjos familiares. A pretensão clássica de perpetuar um modelo universal de família não se coaduna com a necessária ideologia renovadora que paira na conjuntura atual, fazendo-se mister assimilar os valores introduzidos pelas novas gerações, respeitando-se as divergências culturais e a pluralidade. Somente assim, as entidades familiares podem desenvolver-se de forma plena e justa, sem qualquer forma de discriminação.

Destarte, o mencionado dispositivo constitucional suprimiu a referência à família constituída pelo casamento, desaparecendo a cláusula de exclusão que havia outrora e, portanto, não sendo mais admissível a supressão de qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Como leciona Catarina Almeida de Oliveira, "diante de tantos agrupamentos diferentes, percebidos cotidianamente, será injusta a interpretação que limite o entendimento constitucional nas três entidades familiares apontadas no art. 226"[21]. Qualquer exclusão nesse sentido viola claramente o macroprincípio da dignidade humana, que tem como corolário o princípio da solidariedade.

Embora a Constituição Federal não mencione, literalmente, a afetividade, tal fato não significa sua exclusão do elenco de princípios constitucionais, uma vez que ela aparece como princípio implícito, atrelado aos princípios da dignidade, da solidariedade e da convivência familiar. Percebe-se, pois, que a afetividade ganhou status de princípio implícito no Texto Constitucional.

---

[20] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O fim do concubinato. Disponível em: **http://rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=664.** Acesso em: 5 out., 2011.

[21] OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor? In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Org.). **Famílias no Direito Contemporâneo.** Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Jus Podvm, 2010, p. 54.

> O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. (...) O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o Direito de Família é a capacidade de ver a pessoa em toda a sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais [22].

Todavia, considerando que não é simples analisar o afeto de uma maneira objetiva, no plano jurídico, uma vez que se trata de sentimento, é imprescindível enxergá-lo sob a ótica de condutas concretas. Assim, faz-se mister detectar aquelas condutas que ostentam típicos laços familiares, como, v.g., a convivência, o comprometimento recíproco de seus membros, a assistência material e psicológica, a proteção, dentre outros fatores que presumem o afeto.

Deve-se atentar para o fato de que, hoje, os elementos caracterizadores da família não se confundem com as formalidades da união matrimonial, a heterossexualidade dos parceiros ou o envolvimento sexual. Em verdade, o elemento mais importante capaz de identificar um arranjo como sendo de natureza familiar e, por conseguinte, assegurando a chancela do ordenamento pátrio, é o vínculo afetivo entre seus membros, o que acarreta, por sua vez, o comprometimento mútuo e a assistência recíproca[23].

Saliente-se, conforme atesta Maria Berenice Dias, que é essencial invocar a ética como elemento estruturante do Direito de Família, pois ainda que sejam alvo do preconceito ou se originem de atitudes consideradas reprováveis, o juiz não pode afastar-se do princípio ético, que deve nortear todas as decisões[24]. Não obstante tenha havido importante alteração no conceito de família, a inclusão da afetividade como elemento inerente às relações familiares é insuficiente, fazendo-se necessário, além dela, invocar também a ética, e não a moral conservadora, como fator estruturante das entidades familiares.

> O que deveríamos fazer é deixar de ver o Direito de Família sob a ótica dessa moral estigmatizante e vê-lo muito mais sob o aspecto da ética.

---

[22] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. Disponível em: **http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/633/813**. Acesso em: 30 jan., 2012.

[23] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

[24] *Idem***.** Família, ética e afeto. Disponível em: **http://jus.uol.com.br/revista/texto/9624/concubinato-adulterino/4.** Acesso em: 27 out., 2011.

> Dessa forma, estaremos, certamente, muito mais próximos deste tão sonhado ideal de justiça que sempre buscaremos[25].

## 3. Concubinato como Gênero – Conceito e Classificação

Conforme ensinamento de Álvaro Villaça Azevedo, a palavra "concubinato" deriva do latim (*concubinatus, us),* significando mancebia, amasiamento, abarregamento, isto é, traduzindo a idéia de dormir com alguém, copular ou ter relação carnal. Saliente-se que o referido instituto possui dois sentidos distintos: um sentido amplo, designando toda e qualquer união sexual livre; e, por outro lado, um sentido estrito, representando uma união duradoura, em que estão presentes a *affectio societatis* e a lealdade recíproca[26]. Ademais, a jurisprudência ainda costuma utilizar uma construção desenvolvida inicialmente pela doutrina, que divide o concubinato em puro e impuro, valendo-se como paradigma da existência ou não de impedimentos matrimoniais.

É importante não olvidar que o sistema anterior estabelecia uma absurda hierarquia entre as formas de filiação, a depender de sua origem. Eram considerados legítimos somente os filhos oriundos da união matrimonial, sendo ilegítimos todos os demais. Dentre estes, os que eram fruto de uma relação de concubinato puro eram postos na categoria dos naturais, havendo a possibilidade de tornarem-se legítimos em decorrência do casamento subseqüente dos pais; já no concubinato impuro, não existia tal possibilidade, sendo os filhos dessas uniões classificados como espúrios.

Nesse particular, quanto à filiação, pode-se dizer que, assim como a Constituição Federal de 1988, o atual Código Civil também superou o tratamento discriminatório de outrora, predominando a igualdade entre os filhos, independente da origem. Entretanto, em relação ao instituto do concubinato adulterino em si, e seus devidos efeitos no mundo jurídico, a legislação civil mostrou-se, ao revés, extremamente lacunosa e restritiva.

Em que pesem as mencionadas classificações doutrinárias, atualmente, em face da regulamentação trazida pela Constituição Federal de 1988 e

---

[25] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Casamento, união estável, namoro e uniões homoafetivas. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A família além dos mitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 282.

[26] AZEVEDO, Álvaro Villaça, op. cit., p. 161.

pelo Código Civil de 2002, é preferível utilizar a nomenclatura “união estável” para referir-se ao concubinato puro, e simplesmente “concubinato” para referir-se ao impuro. Este último, ressalte-se, pode aparecer sob três formas: concubinato adulterino, nas situações em que um dos concubinos, ou ambos, possui, paralelamente, um vínculo de casamento ou união estável com outrem; incestuoso, para uniões concubinárias entre parentes; ou sancionador, quando se trata de união entre o cônjuge sobrevivente e o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio doloso contra seu consorte[27].

Frise-se que, durante a vigência do Código Civil de 1916, havia certa confusão entre o companheirismo e o concubinato adulterino, não existindo uma distinção clara entre os institutos. Sem embargo, diante da nova conjuntura nacional e do crescente número de desquites (atualmente, divórcios), muitas famílias foram constituídas à margem do direito, isto é, as chamadas famílias de fato, através de uniões estáveis. Isso porque a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515) surgiu somente no final de 1977. Assim, os desquitados, naquele contexto, não poderiam esperar todo esse lapso de tempo para constituir novas entidades familiares, com o mero escopo de atender às formalidades legais exigidas à época.

Nesse sentido, paulatinamente, o instituto da união estável foi adquirindo notória aceitação social e jurídica, o que não ocorreu com o concubinato adulterino, conforme será demonstrado no decorrer do presente trabalho. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, reconheceu, expressamente, como entidades familiares, não só aquelas constituídas pelo casamento, mas também as uniões estáveis e as comunidades monoparentais. Posteriormente, abarcando as mudanças trazidas pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, também o Código Civil de 2002 consagrou o instituto da união estável, em seu Livro IV, Título III, dando-lhe as mesmas prerrogativas da união matrimonial.

Destarte, houve uma nítida separação entre os institutos da união estável e do concubinato adulterino, sendo a possibilidade ou não de conversão em casamento seu principal ponto distintivo, com a ressalva dos separados de fato e judicialmente, que também podem constituir união estável. Diz-se união estável, portanto, em consonância com a atual legislação civil, a convivência duradoura,

---

[27] GOMES, Anderson Lopes. Concubinato adulterino: uma entidade familiar a ser reconhecida pelo Estado brasileiro. Disponível em: **http://jus.com.br/revista/texto/9624/concubinato-adulterino/3**. Acesso em: 11 fev., 2012.

pública e contínua, entre homem e mulher, com objetivo de constituir família, não havendo um prazo determinado para sua configuração, o que deve ser analisado pelo magistrado em cada caso concreto.

No que tange à evolução do instituto da união estável, tanto em face do direito positivo, como em face da própria aceitabilidade social, é interessante observar o seguinte ensinamento de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

> As famílias informais, fundadas em uniões não matrimonializadas se tornaram mais comuns e, juntamente com essa ampliação quantitativa, veio à tona um outro modo de olhar essas formações familiares. Se o preconceito preso a tradições que repetem o eterno discurso da decadência não foi, ainda, afastado, não resta dúvida que, entre o concubinato de outrora e as uniões estáveis de hoje há grande distância no que tange a reputação social dos que optam por essa forma de conjugalidade[28].

### 3.1. Concubinato Adulterino

Conquanto seja inegável o avanço do Código Civil de 2002 no tocante à regulamentação da união estável, fazendo, inclusive, a devida distinção entre companheiros e concubinos, pode-se dizer que, em relação à disciplina do concubinato adulterino, a legislação civil pátria representou um verdadeiro retrocesso. Conforme o teor do art. 1.727 do referido diploma[29], o termo "concubinato" designa as relações não eventuais, entre homem e mulher, impedidos de casar. Isto é, o instituto remete a uma simultaneidade de uniões, em que somente uma é expressamente reconhecida como entidade familiar (a família matrimonial ou a oriunda de união estável). Entretanto, a legislação é, de todo, omissa quanto aos seus possíveis efeitos jurídicos.

Em consonância com os ensinamentos de Sílvia Pimentel, Beatriz Di Giorgi e Flávia Piovesan, deve-se observar o seguinte:

> Embora o Direito seja constituído pelas crenças e valores sociais, esta integração é complexa, mesmo porque assim é a configuração da sociedade. É freqüente haver defasagem entre a legislação, que via de regra é mais conservadora, e os avanços da sociedade[30].

Faz-se mister frisar algumas características essenciais para configurar o concubinato adulterino. Assim, deve-se atentar para a diferença de sexos entre os

---

[28] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas:** da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 131.

[29] CC, art. 1.727: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

[30] PIMENTEL, Sílvia; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher em processos de família.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 19.

parceiros, isto é, a heterossexualidade; a não eventualidade, porquanto meros encontros furtivos e esporádicos descaracterizam o instituto; e a publicidade, no sentido de haver uma mínima notoriedade pública da união concubinária, embora não seja imprescindível tal conhecimento no âmbito da família paralela. Ademais, é fundamental que haja a prática do adultério, estando ao menos um dos parceiros dentro de um casamento efetivo ou de uma união estável.

Conforme mencionado, com exceção do citado art. 1.727, o atual Código Civil somente faz referência ao concubinato para impor-lhe inúmeras restrições, o que pode ser observado, v.g., mediante o exame do disposto no art. 550[31]; no art. 1.642, inciso V[32]; e, ainda, no art. 1.801, inciso III[33]. Destarte, inobstante o adultério já tenha sido, no campo penal, descriminado pela Lei nº 11.106, de 2005, continua sendo alvo de inúmeras limitações no âmbito cível.

Pelo exposto, sob o argumento moralista da necessária proteção ao princípio da monogamia, o ordenamento pátrio, de regra, não atribui ao concubinato adulterino as prerrogativas atinentes às entidades familiares. Mantém-se, pois, a prevalência do referido princípio, como resquício da mentalidade patriarcal de outrora, pautada na coisificação da figura feminina e, por conseguinte, na idéia de posse exclusiva da mulher e de certeza da paternidade. Configura-se, assim, um verdadeiro paradoxo, em que o tão aludido princípio da monogamia é, na realidade prática, relativizado em relação ao homem, contribuindo para consolidar um ambiente de discriminação e hipocrisia.

> O que se coloca, com efeito, é que, enquanto as relações extraconjugais masculinas são, em muitos momentos históricos, toleradas, e, mesmo, incentivadas, a situação da mulher é bem diversa, sofrendo violenta repressão social[34].

Assim sendo, a raiz do princípio monogâmico é, na sociedade hodierna, mascarada pelo discurso da imprescindibilidade de sua função jurídica ordenadora, colocando-se em grave risco a própria dignidade humana. Deste modo, deixa-se de assegurar ao instituto do concubinato adulterino as devidas

---

[31] CC, 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".

[32] CC, art. 1.642, inciso V: "Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: 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".

[33] CC, art. 1.801, inciso III: "Não podem ser nomeados herdeiro nem legatários: o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos".

[34] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, op. cit., p. 99.

conseqüências no mundo jurídico, atribuindo-lhe, inclusive, um forte sentido pejorativo.

Conforme ensinamento de Ana Carla Harmatiuk, a mulher, na união não fundada no casamento, sofre, em pleno século XXI, as discriminações decorrentes do modelo patriarcal de família. Além de sua condição feminina, há ainda o valor negativo atribuído ao concubinato, fruto do preconceito alicerçado pelos valores de uma família matrimonializada, acolhidos pelo Código Civil[35], sendo imprescindível, portanto, a interpretação de suas normas em conformidade com os valores constitucionais, e não com os valores predominantes em uma realidade histórica precedente. Assim, embora a família se submeta à legislação infraconstitucional, seu mais importante foco de disciplina é a Constituição, que representa a fonte suprema.

Em face da omissão legislativa acerca do concubinato adulterino, a doutrina e a jurisprudência costumam, ainda, distinguir duas situações, ao cogitar da possível atribuição de efeitos jurídicos ao instituto, a saber: a hipótese em que o concubino estaria de boa fé, desconhecendo o fato de estar seu parceiro casado ou em união estável com outrem; e a hipótese em que o concubino estaria de má fé, tendo plena ciência da simultaneidade das uniões. Assim, usa-se a idéia de "honestidade" para configurar uma das situações referidas. À primeira, de regra, dá-se o nome de união estável putativa, que gera os mesmos efeitos da união estável, sendo este o entendimento partilhado por muitos autores, como, v.g., Álvaro Villaça Azevedo.

> É de ver-se que o primeiro, concubinato puro ou concubinato, simplesmente, deve merecer, por parte do Estado, completa proteção e regulamentação legal; já o segundo, 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 ao concubino de boa fé, como acontece, analogamente, com o casamento putativo, e para evitar-se locupletamento ilícito[36].

Nesse sentido, observe-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a saber:

> EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. DESCABIMENTO. 1.

---

[35] MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 30.
[36] AZEVEDO, Álvaro Villaça, op. cit., p. 165.

> Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos a fatos novos supervenientes. Inteligência do Art. 397 do CPC. 2. Tendo o relacionamento perdurado até o falecimento do varão e se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta induvidosa a affectio maritalis. 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o de cujus, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré. Recurso provido[37].

Por outro lado, conforme visto alhures, os operadores do direito pátrio insistem em negar o reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões concubinárias, naquelas hipóteses em que a concubina tem ciência da simultaneidade das relações, inércia esta que afronta o princípio da dignidade humana e o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito. Deste modo, desde que preenchidos os já citados requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, não se pode, sob o pífio argumento da pretensa "má fé", concluir pela inexistência do objetivo de constituição de família, mormente naquelas uniões duradouras e das quais tenha resultado prole.

Alguns autores, como, v.g., Eduardo Pianovski, adotam como paradigma o princípio da boa fé objetiva, em face da possibilidade de atribuir eficácia jurídica à simultaneidade familiar. Em consonância com tal entendimento, se há uma ostensibilidade plena da relação concubinária e, ainda assim, não ocorre o rompimento dos vínculos de coexistência afetiva, não se pode alegar, nesta hipótese, a deslealdade e o rompimento dos deveres de confiança, respeito e proteção à dignidade dos membros de ambas as famílias[38]. Para os que adotam tal linha de pensamento, é a quebra da boa fé objetiva, e não simplesmente da boa fé subjetiva, que acarreta a não atribuição de chancela jurídica ao concubinato adulterino. Sem embargo, tal tese não é também adequada, afrontando, igualmente, os valores constitucionais.

> O fundamento é, de todo, falacioso. Sabendo a mulher do relacionamento paralelo, estaria agindo de má fé, não se podendo ter por presente o objetivo de constituição de família, requisito de ordem subjetiva exigido pelo art. 1723. De outro lado, afirmando a mulher desconhecer que a pessoa com quem entretém uma convivência duradoura, pública e contínua vive também com outra, então é reconhecida sua boa fé e a existência de uma união estável. Assim, o requisito de ordem subjetiva para o reconhecimento da entidade familiar, qual seja, a intenção de constituir uma família, só se

---

[37] TJRS, Apelação Cível nº 70025094707. 7ª Câmara Cível. Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 22/10/2008.
[38] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, op. cit., p. 181-198.

> perquire da mulher. Quanto ao varão – que é quem mantém a dupla convivência – desimporta sua intenção[39].

Portanto, a pretensa "má fé" não retira a natureza de entidade familiar do concubinato adulterino, ao contrário do que entende a maioria dos magistrados e doutrinadores, fazendo jus os concubinos a inúmeros direitos, além dos previdenciários, que vêm sendo mais facilmente reconhecidos por alguns tribunais, conforme será mais adiante demonstrado. Não obstante isso, destacam-se as decisões que enquadram o concubinato adulterino no campo do direito das obrigações, valendo-se das obsoletas teses da sociedade de fato e da indenização pelos serviços prestados, sob a justificativa de evitar o enriquecimento ilícito.

Destarte, os tribunais negam o *status* de entidade familiar ao concubinato adulterino, utilizando, equivocadamente, a Súmula 380 do STF[40] como alicerce jurídico de suas decisões e atribuindo ao instituto, por conseguinte, a natureza de relação meramente obrigacional. Assim, em conformidade com essa linha de entendimento, o concubino prejudicado com o fim da união faz jus à partilha dos bens para cuja aquisição tenha concorrido (sociedade de fato), ou, na hipótese de não provar o esforço comum, faz jus à indenização pelos serviços prestados (responsabilidade civil)[41].

Como é cediço, a referida indenização pelos serviços prestados foi uma alternativa encontrada pela jurisprudência pátria para proteger a concubina que, inobstante não tenha realizado acréscimos materiais ao patrimônio comum, contribuiu com suas atividades domésticas em prol dos membros do respectivo arranjo afetivo. Todavia, embora o escopo, aqui, seja também evitar o enriquecimento ilícito, há uma verdadeira agressão à figura feminina, a qual é vista como uma mera prestadora de serviços do parceiro, isto é, como parte de um contrato civil, não se reconhecendo a natureza familiar do concubinato adulterino. Não há sentido falar em indenização no âmbito do Direito de Família, porquanto não se pode mensurar financeiramente o afeto.

---

[39] DIAS, Maria Berenice. Adultério, Bigamia e União Estável: Realidade e Responsabilidade. Disponível em: **http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%E9rio%2C_bigamia_e_uni%E3o_est%E1vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf**. Acesso em: 3 fev., 2012.

[40] Súmula 380 do STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

[41] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil.** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183.

Conforme o exposto, a maioria dos julgados do ordenamento pátrio segue não reconhecendo a natureza familiar das uniões concubinárias, adotando posicionamentos como o seguinte, do STF:

> Deve distinguir-se no concubinato a situação da mulher que contribuiu, com o seu esforço ou trabalho pessoal, para formar o patrimônio comum, de que o companheiro se diz único senhor, e a situação da mulher que, a despeito de não haver contribuído para formar o patrimônio do companheiro, prestou a ele serviço doméstico ou de outra natureza, para o fim de ajudá-lo a manter-se no lugar comum. Na primeira hipótese, a mulher tem o direito de partilhar com o companheiro o patrimônio que ambos formaram (...) Na segunda hipótese, a mulher tem direito de receber do companheiro a retribuição pelo serviço doméstico, a ele prestado, como se fosse parte num contrato de prestação de serviços, contrato esse que, ressabiamente, outro não é senão o bilateral, oneroso e consensual definido nos arts. 1.216 e seguintes do Código Civil, isto é, como se não estivesse ligada, pelo concubinato, ao companheiro[42].

Nesse sentido, vem sendo também o posicionamento do STJ acerca do tema, como se observa do teor do seguinte julgado:

> EMENTA: CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA DE BENS. O concubinato, só por si, não gera direito a partilha. Necessário que exista patrimônio constituído pelo esforço comum. Daí não se segue, entretanto, que indispensável seja direta essa contribuição para formar o patrimônio. A indireta, ainda que eventualmente restrita ao trabalho doméstico, poderá ser o bastante. Entretanto, havendo o acórdão negado tivesse a autora colaborado, de qualquer forma, para o acréscimo patrimonial, não se pode reconhecer existente sociedade de fato. Decisão por unanimidade e preliminarmente, não conhecer do recurso especial[43].

Ao revés do que refletem os julgados acima transcritos, é mister assegurar aos concubinos os direitos inerentes às demais entidades familiares, rechaçando-se qualquer forma de tratamento discriminatório. Deste modo, as demandas atinentes às uniões concubinárias devem ser julgadas por varas especializadas, e não por varas cíveis, porquanto configuram, inegavelmente, matérias de Direito de Família.

Ademais, nas situações de inexistência de patrimônio comum, não é adequada a alternativa encontrada pelos tribunais de conceder indenização pelos serviços prestados, devendo-se, aqui, em verdade, assegurar a concessão de alimentos ao concubino que prove sua real necessidade. Finalmente, também o imóvel em que residem os concubinos merece a tutela do ordenamento pátrio, porquanto constitui um bem de família, fazendo jus os concubinos, inclusive, à

---

[42] STF, Recurso Extraordinário nº 79.079/ SP. 1ª Turma. Relator Ministro Antônio Neder. Julgado em: 10/11/1977.

[43] STJ, REsp nº 1648 RJ 1989/0012539-7. 3ª Turma. Relator Eduardo Ribeiro. Julgado em 27/03/1990.

partilha dos bens que foram adquiridos onerosamente na constância da união concubinária.

Sem embargo, do mesmo modo que ocorrera anteriormente com o instituto da união estável, os magistrados insistem, erroneamente, em tentar adaptar o concubinato adulterino à figura jurídica da sociedade de fato, oriunda do Direito das Obrigações, desconsiderando completamente a *affectio* como elemento essencial das entidades familiares. Por conseguinte, as questões relativas às uniões concubinárias são ainda, em pleno século XXI, apreciadas pelas Varas Cíveis, por julgadores que não são habilitados para o exame de questões familiares. Como bem leciona Edgard de Moura Bittencourt, "o problema da união livre é, pois, colocado nesses termos, considerando como realidade imposta às leis e a seus aplicadores, e não como fato que possa ser ignorado"[44].

## 4. Concubinato Adulterino como Entidade Familiar Implícita

Na contemporaneidade, há determinados caracteres estruturais que, em conjunto, configuram as entidades familiares. A convivência afetiva, conforme dito alhures, constitui um dos mais importantes elementos estruturais, representando, concomitantemente, a origem e a própria finalidade da família, ao revés do que ocorrera em outros momentos históricos. Outro elemento de essencial importância é a chamada estabilidade do vínculo afetivo, uma vez que o conceito de entidade familiar não engloba meros relacionamentos esporádicos e descomprometidos.

Frise-se, ademais, que a idéia de família não se coaduna com a clandestinidade, sendo imprescindível a ostensibilidade da relação. Pelo exposto, pode-se dizer que o não reconhecimento da natureza familiar a qualquer relacionamento que reúna as referidas características constitui injustificável afronta aos valores constitucionais.

O grande impasse que gera o distanciamento entre a ordem jurídica e a complexidade social, no âmbito do Direito de Família, são os resquícios deixados pela codificação de 1916 e sua respectiva ótica transpessoal. Em conformidade com

---

[44] BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito.** Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária Ltda., 1969, p. 27.

esta, as entidades familiares são caracterizadas como entes abstratos, desprezando-se a busca de cada membro pela felicidade coexistencial.

Disso decorre o equívoco, cometido por grande parte dos magistrados e pela própria sociedade, de atribuir um forte sentido pejorativo ao concubinato adulterino, negando sua natureza familiar e deixando de proteger juridicamente as pessoas que se inserem em tais relações, mormente a concubina. Faz-se mister, assim, assegurar a observância ao já citado princípio eudemonista (contemplado, v.g., no art. 226, parágrafo 8º, da CF de 1988)[45], segundo o qual é imprescindível proteger juridicamente cada componente da família, não havendo sentido a tutela desta como mera instituição abstrata.

> A simultaneidade adquire relevância jurídica quando o olhar da norma não se dirige ao todo abstrato, mas, sim, a cada um de seus componentes, podendo localizar, na perspectiva de algum deles, coexistências familiares em núcleos diversos entre si, mas que, nem por isso, podem ser reputadas de antemão como mutuamente excludentes[46].

Nesse sentido, é importante a utilização de alguns critérios que rechacem possíveis exegeses estritas quanto à interpretação dos entes familiares. Primeiramente, deve-se, ao examinar um dispositivo legal, estender sua aplicação a todas aquelas situações que se insiram no conceito. Ademais, faz-se mister observar o disposto em determinada norma não somente em relação aos casos expressamente nela descritos, mas, inclusive, em face de outras hipóteses cujo assunto seja semelhante, e dela derivem lógica e necessariamente.

É também imprescindível que a interpretação seja ampla no sentido de evitar prejuízos a cada membro da família, devendo predominar a hermenêutica que traduza maior efetividade ao dispositivo constitucional. Destarte, o concubinato adulterino, como união simultânea que abrange todas aquelas características estruturais inerentes às entidades familiares, deve ser reconhecido como tal e ter seus efeitos jurídicos chancelados pelos operadores do direito pátrio. Como leciona Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, "uma interpretação à vista dos valores e princípios constitucionais certamente superará os óbices de uma hermenêutica fechada e estéril"[47].

---

[45] CF, art. 226, parágrafo 8º: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".
[46] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, op. cit., p. 30.
[47] ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino. Disponível em: **http://jus.com.br/revista/texto/2839/familias-simultaneas-e-concubinato-adulterino**. Acesso em: 2 fev., 2012.

No âmbito do Direito de Família, deve-se evitar qualquer concepção sistêmica fechada, segundo a qual uma realidade familiar só seria relevante e passível de efeitos jurídicos caso estivesse enquadrada expressamente no direito positivo. É necessário que a família seja vista como realidade social, a partir da consagração da pluralidade e do eudemonismo, e não como modelo institucional estrito, assegurando-se, assim, a efetiva abertura do sistema, para que arranjos familiares não elencados de forma expressa na legislação, mas inquestionavelmente presentes na realidade concreta, sejam considerados juridicamente relevantes.

Deste modo, a apreensão jurídica do concubinato adulterino não ocorre pela simples subsunção do fato a uma categoria fechada, mas pela porosidade dos princípios constitucionais, que proporciona a flexibilização do sistema. Assim, em respeito à mudança paradigmática operada pela Carta de 1988, faz-se mister, reitere-se, configurar o concubinato adulterino como entidade familiar implícita.

Por conseguinte, percebe-se que o conjunto de princípios constitucionais representa o verdadeiro alicerce para a apreensão do concubinato adulterino pelo direito positivo, suprindo, assim, o enorme descompasso entre a legislação civil e a realidade concreta do mundo contemporâneo. Assim sendo, embora seja inegável o avanço do atual Código Civil em muitos aspectos, contemplando, inclusive, muitas das transformações sociais já reconhecidas pela Constituição Federal de 1988, a verdade é que o referido diploma representa, predominantemente, uma legislação retrógrada, voltada para um momento histórico pretérito e presa a modelos abstratos e institucionais, mormente no âmbito do Direito de Família.

Saliente-se que não pode haver uma presunção absoluta, atrelada a preconceitos e valores morais tradicionalistas, que associe o instituto do concubinato adulterino a condutas desleais e atentatórias a preceitos éticos. Parcela considerável da sociedade confunde o concubinato adulterino com situações eventuais e clandestinas de adultério, caracterizadas por meros encontros furtivos, visão esta, frise-se, completamente equivocada.

Faz-se essencial o exame de cada caso concreto de simultaneidade, com o escopo de verificar se estão presentes os caracteres estruturais configuradores da família. Deste modo, à luz do ordenamento jurídico pátrio, voltado à proteção da dignidade e do melhor interesse coexistencial de cada componente do

arranjo afetivo, é plenamente contraditório considerar o concubinato adulterino como fato sociológico irrelevante, negando-lhe a chancela do direito positivo.

Pelo exposto, a interpretação restritiva do rol constitucional de entidades familiares, como *numerus clausus,* traduz verdadeira incoerência lógica no mundo hodierno, no qual é absolutamente injustificável a predominância da função institucional da família em detrimento da felicidade coexistencial de seus membros. O concubinato adulterino, como realidade social cada vez mais presente na sociedade, deve ser apreendido pelo ordenamento jurídico como entidade familiar, abolindo-se, finalmente, o absurdo direcionamento de tais demandas às varas cíveis, como se estivessem adstritas ao âmbito do direito obrigacional. Como muito bem leciona Michelle Perrot acerca do tema, na conjuntura atual, a família perde os nós que amarram e impõem a manutenção de aparências em situações em que já não há afeto, porém permanece sendo ninho que abriga seus componentes[48].

## 5. Os Direitos da Concubina no Âmbito Previdenciário

### 5.1. A Previdência Social como Instrumento de Proteção à Sobrevivência

Como é cediço, umas das mais importantes funções do Estado, na contemporaneidade, é a proteção social dos indivíduos, em face de contingências adversas, assegurando-lhes a subsistência e a manutenção de um nível mínimo de bem estar, tendo-se em vista, mormente, os princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade. A concretização de tal função estatal se torna possível mediante as políticas da Seguridade Social, dentre as quais merece destaque a chamada Previdência Social. Em conformidade com o ensinamento de Marcelo Tavares, “cabe à organização estatal criar mecanismos de proteção do homem para que este não seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do Poder Público ou por seus semelhantes”[49].

Destarte, a Seguridade Social constitui importante instrumento de proteção à sobrevivência humana, de maneira digna e condizente com os anseios

---

[48] PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: **Veja 25 anos:** reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993, p. 74-81.

[49] TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social:** legitimação e fundamentação constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 49-50.

constitucionais elencados no art. 3º da Carta Maior[50]. A solidariedade pode ser observada na economia conjunta feita por toda a sociedade com o escopo de assegurar a concessão de benefícios a outros indivíduos, que porventura deles necessitem, em face das adversidades da vida.

Faz-se imprescindível, portanto, para concretizar os ideais do Estado Democrático de Direito, promover a interpretação da Lei de Benefícios (Lei nº 8.213/91) e da Lei de Custeio da Previdência Social (Lei nº 8.212/91) em plena conformidade com os princípios da Constituição Federal de 1988. O sistema de segurança social deve ser interpretado dentro do sistema constitucional.

Ressalte-se que o conceito de Seguridade Social, sendo bastante amplo, engloba não somente a Previdência Social, mas também a atuação do Estado nas áreas da Assistência Social e da Saúde. Quanto a estas últimas, o que se almeja, em verdade, é a proteção dos hipossuficientes, isto é, daqueles que não têm condições de prover suas necessidades pessoais básicas, não se exigindo, por conseguinte, qualquer contribuição dos beneficiários.

Por outro lado, a Previdência Social representa o ramo da atuação estatal que busca a proteção daqueles indivíduos inseridos em atividades laborais remuneradas, em face dos riscos, sempre presentes nas diversas conjunturas da vida, de perda ou diminuição, permanente ou temporária, de manter o sustento próprio e de seus dependentes. Conquanto seja possível a adesão de segurados facultativos, pode-se dizer que, de regra, a filiação ao regime previdenciário é compulsória e automática, devendo a contribuição ser realizada desde o início do exercício da atividade remunerada. Cria-se, deste modo, a todos os indivíduos economicamente ativos, uma proteção à sua renda[51].

Pelo exposto, percebe-se que, no tocante à Previdência Social, ocorre a união de vários indivíduos, os quais se vinculam entre si em decorrência da relação de trabalho ou categoria profissional. Isto é, também aqui se faz presente o referido princípio da solidariedade, postulado fundamental do Direito da Seguridade Social. O principal regime previdenciário no âmbito nacional é o chamado Regime Geral de Previdência Social – RGPS, que abrange todos os trabalhadores da

---

[50] CF, art. 3º: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

[51] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** São Paulo: Conceito, 2011, p. 49-57.

iniciativa privada, sendo regido pela Lei nº 8.213, de 1991, e sua gestão realizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Em consonância com o que dispõe a Carta Maior, o Regime Geral de Previdência Social deve assegurar os seguintes benefícios: a cobertura de situações de doença, invalidez, morte e idade avançada; a proteção à maternidade; a proteção ao trabalhador desempregado involuntariamente; o salário-família e o auxílio reclusão; e, finalmente, a pensão por morte do segurado. Este último benefício, previsto no artigo 201, inciso V, do Texto Constitucional[52], será objeto de exame especializado no presente trabalho.

### 5.2. Pensão por Morte – Necessidade de Rateio entre a Viúva e a Concubina

Um dos riscos cobertos pelo seguro social é a morte do segurado, estando o respectivo benefício previsto não somente na Constituição Federal, conforme acima mencionado, mas, especificamente, na Lei dos Benefícios da Previdência Social, nos artigos 74 a 79. Assim sendo, a pensão por morte constitui o benefício pago aos dependentes do segurado, homem ou mulher, que vier a falecer, aposentado ou não, tendo natureza substitutiva da remuneração anteriormente percebida pelo falecido.

É importante observar que, caso no momento do óbito já tenha ocorrido a perda da condição de segurado, não se perfaz o direito à obtenção da pensão por morte, salvo se o falecido atendera anteriormente aos requisitos legais para implementação da aposentadoria ou no caso de reconhecimento médico acerca de sua incapacidade permanente antes do falecimento. Demais disso, frise-se, a pensão por morte pode ser concedida provisoriamente em duas situações: a saber, quando há morte presumida do segurado, declarada por autoridade judicial competente; e, também, na hipótese de seu desaparecimento em contextos de catástrofes, acidentes ou desastres, mediante a apresentação de provas hábeis.

Em consonância com o disposto no art. 16 da Lei nº 8.213/91, a pensão é concedida aos dependentes do segurado na seguinte ordem de

---

[52] CF, art. 201, inciso V: "A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuaria, e atenderá, nos termos da lei, a: pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º".

preferência: 1) ao cônjuge, à companheira e ao filho não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos, inválido ou incapaz; 2) aos pais; 3) ao irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos, inválido ou incapaz[53]. Percebe-se, pois, que a referida ordem é preferencial por classe, sendo o benefício rateado igualmente entre os dependentes da mesma classe, excluindo-se os das seguintes. Ademais, no que concerne aos integrantes da primeira classe, a dependência econômica em face do segurado é presumida, diferentemente do que ocorre em relação aos demais beneficiários, para os quais se faz mister, necessariamente, provar a respectiva dependência[54].

Percebe-se que, na primeira classe da ordem preferencial acima mencionada, a lei se reporta ao casamento e à união estável, ademais de tratar isonomicamente o homem e a mulher como possíveis beneficiários, estando, pois, quanto a este último aspecto, em consonância com os valores constitucionais. Assim, a legislação previdenciária protege tanto a viúva do segurado falecido, como a companheira em união estável, podendo, inclusive haver concorrência e rateio da pensão entre ambas, desde que a respectiva união estável reúna os requisitos elencados no art. 1.723 do Código Civil e que a pessoa casada esteja separada de fato ou judicialmente.

Deste modo, vêm entendendo os tribunais que também o cônjuge divorciado, caso demonstre que recebia alimentos do segurado morto, faz jus ao benefício em igualdade de condições com os demais dependentes da primeira classe. Tal direito persiste, inclusive, na hipótese de renúncia à pensão alimentícia, desde que, nesse caso, o ex-cônjuge comprove a existência de dependência econômica. Mesmo que venha a contrair novas núpcias, o cônjuge divorciado não perde o referido direito, salvo na hipótese de manifesta melhora em sua condição de vida. Por outro lado, o grande impasse que se observa, hodiernamente, no âmbito jurisprudencial, é a situação de coexistência simultânea de esposa e concubina com o segurado falecido, tema este que será examinado adiante no presente trabalho.

---

[53] Lei n. 8.213/91, art. 16: "São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; II – os pais; III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente".

[54] CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social.** São Paulo: Saraiva, 2010, p.322.

No âmbito previdenciário, já existe uma tendência jurisprudencial em possibilitar o rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina, entendimento este, ressalte-se, correto e condizente com os valores constitucionais. Destarte, em caso de relacionamento simultâneo do segurado falecido com a esposa e a concubina, e desde que comprovada a dependência econômica de ambas em face do componente comum, faz-se mister o reconhecimento do direito ao rateio do benefício, em proporções isonômicas.

O acerto de decisões nesse sentido pode ser claramente visualizado não somente em decorrência da natureza familiar do concubinato adulterino, conforme já demonstrado, mas, mormente, como instrumento de manutenção da assistência econômica oferecida à concubina anteriormente à morte do segurado. Observe-se, pois, o teor dos seguintes julgados:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA E CONCUBINA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. CABIMENTO. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A exclusão da esposa da condição de beneficiária do *de cujus* não é possível juridicamente, na situação em tela, dado ser um direito irrenunciável. Comprovada a convivência com a companheira, mesmo que adulterina a relação, a ela também se estende a presunção de dependência econômica para efeito de percepção de pensão por morte. Cabendo à concubina e à esposa legítima o direito ao benefício previdenciário, este deverá ser rateado à razão de 50% de seu valor para cada uma[55].
>
> PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CONCUBINATO IMPURO. Conforme orientações trazidas pela Constituição Federal de 1988, que fazem emergir a isonomia entre o casamento e a união estável, é de se reconhecer os efeitos que gera o concubinato, ainda que impuro, no âmbito previdenciário, devendo a pensão ser rateada entre a esposa, a concubina e os demais dependentes[56].
>
> SERVIDOR PÚBLICO. FALECIMENTO. ESPOSA. CONCUBINA. PENSÃO. DIREITO. Comprovada a existência de concubinato, inclusive com reconhecimento de paternidade por escritura pública, devida é a pensão por morte à concubina, que passa a concorrer com a esposa legítima[57].

Sem embargo, de forma equivocada e retrógrada, entende o STF pela inviabilidade do rateio. Nesse aspecto, é importante mencionar uma decisão proferida pela 1ª Turma da Suprema Corte, no ano de 2008, a qual deu provimento a recurso extraordinário interposto pelo Estado da Bahia. Tratava-se de uma situação

---

[55] TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 57454. 5ª Turma. Relatora Juíza Suzana Camargo. Julgado em: 12/09/2000.

[56] TRF 4ª Região, Apelação Cível nº 2000.72.05.003747-5/SC. Turma Suplementar. Relator Desembargador Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Julgado em: 14/03/2007.

[57] TRF 1ª Região, Apelação Cível nº 1997.01.00.057552-8/AM. 1ª Turma. Relator Juiz Lindoval Marques de Brito. Publicado em: 31/05/1999.

de simultaneidade familiar, em que estavam envolvidos: Railda Conceição Santos (a esposa do segurado falecido, com quem teve onze filhos), Joana da Paixão Luz (a concubina do segurado durante trinta e sete anos, isto é, até a morte deste, e com quem teve nove filhos) e, finalmente, Valdemar do Amor Divino Santos, o componente comum.

Anteriormente, após ter seu pedido de partilha da pensão previdenciária negado por juiz de Maraú, na Bahia, Joana da Paixão Luz recorreu ao Tribunal de Justiça daquele estado, conseguindo uma decisão favorável. Entretanto, o Estado da Bahia interpôs recurso extraordinário em face da concubina, decidindo o STF pelo provimento do recurso e, por conseguinte, pela negativa da concessão do benefício a Joana da Paixão Luz.

No referido julgado, fundamentou-se a Suprema Corte na violação ao art. 226, parágrafo 3º, da CF, sob a alegação de que a união estável somente ampara as situações em que não há impedimento ao matrimônio. Em consonância com tal visão estrita, a concessão do rateio significaria beneficiar a concubina, em detrimento da "família", como se o concubinato adulterino também não configurasse, igualmente, uma entidade familiar. O Ministro Carlos Ayres Britto foi o único que se pronunciou favoravelmente à partilha do benefício. Conquanto seu voto tenha sido vencido, é imprescindível frisar o acerto de seu posicionamento, transcrevendo-se, a seguir, uma pequena parte de sua brilhante defesa no Supremo Tribunal Federal, a saber:

> A realidade é que o amor fala mais alto, e famílias são constituídas à margem do casamento, sem necessidade de papel passado. Para a Constituição, que, a meu sentir, é contemporânea do futuro, não há concubinato. O que existe é uma comunidade doméstica, um núcleo doméstico a ser protegido. Daí porque ela mesma, Constituição, quando trata de Previdência Social, não deixa de dizer "pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro". (...) A definição de concubinato, como mero "dormir juntos", não se aplica a quem dormiu junto durante trinta anos. É impossível manter uma relação de trinta anos às escondidas, clandestinamente. Certamente, essa união era pública e notória[58].

Também o STJ vem, lastimavelmente, entendendo pela impossibilidade do rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina, seguindo a mesma linha de entendimento da Suprema Corte. Nesse sentido, importante o exame de decisões como as seguintes:

---

[58] STF, Recurso Extraordinário nº 397.762-8/ BA. 1ª Turma. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em: 03/06/2008.

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINA. CONCOMITÂNCIA. IMPEDIMENTO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio, por parte de um dos pretensos companheiros, embaraça a constituição da união estável, inclusive para fins previdenciários. 2. Afigura-se inviável, desse modo, reconhecer à recorrida o direito à percepção da pensão por morte em concurso com a viúva, haja vista que o de cujus, à época do óbito, permanecia casado com a recorrente. 3. Recurso especial provido[59].
>
> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPARTILHAMENTO DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. CONCOMITÂNCIA ENTRE CASAMENTO E CONCUBINATO ADULTERINO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Para fins previdenciários, há união estável na hipótese em que a relação seja constituída entre pessoas solteiras, ou separadas de fato ou judicialmente, ou viúvas, e que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto. 2. As situações de concomitância, isto é, em que há simultânea relação matrimonial e de concubinato, por não se amoldarem ao modelo estabelecido pela legislação previdenciária, não são capazes de ensejar união estável, razão pela qual apenas a viúva tem direito à pensão por morte. 3. Recurso especial provido[60].

Deste modo, ao negar o direito da concubina à percepção do benefício previdenciário, aduzindo simplesmente que não foram atendidos os requisitos configuradores da união estável, tais julgados violam gravemente o sistema constitucional, mormente a dignidade humana. Trata-se de uma tentativa moralista de proteger a monogamia, como resquício da estrutura patriarcal da sociedade de outrora, em total descompasso com a realidade fática do mundo hodierno. Deixa-se, pois, de reconhecer o concubinato adulterino como entidade familiar implícita, ferindo-se, assim, além dos princípios do pluralismo e da afetividade, o princípio eudemonista, o qual busca a proteção e a felicidade de cada componente do arranjo familiar, e não da família como mera instituição.

Assim, o ordenamento pátrio contribui para consolidar, ainda mais, na mentalidade social, o sentido pejorativo e imoral da prática concubinária, como se esta designasse a simples relação esporádica de adultério. Busca-se, através da supressão de direitos sociais e da realização de decisões discriminatórias, coibir a existência de relacionamentos simultâneos, colocando-se a monogamia como valor supremo, em detrimento dos próprios direitos fundamentais.

---

[59] STJ, REsp 1114490/ RS. 5ª Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgado em: 19/11/2009.
[60] STJ, REsp 1104316/ RS. 6ª Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 28/04/2009.

Constitui verdadeira incoerência lógica a exclusão dos direitos da concubina, porquanto esta acaba por ser punida, e a viúva, ao revés, contemplada, em decorrência da conduta adúltera do componente comum. O Estado, indiretamente, impõe sanções à concubina em virtude de condutas que violam a moral dominante.

Ademais, outro equívoco, ainda mais grave, cometido pelo STJ, ao prolatar decisões como as acima transcritas, é a não observância da natureza assistencialista da Previdência Social, que visa, primordialmente, assegurar a sobrevivência humana. Isto é, a concessão da pensão por morte almeja, em verdade, substituir a remuneração percebida anteriormente pelo segurado falecido, conferindo aos dependentes deste condições mínimas para prover ao próprio sustento de maneira digna. O mero impedimento para contrair matrimônio é, de todo, irrelevante em face da verdadeira essência do seguro social, cuja finalidade maior é a proteção do direito à vida, previsto no art. 5º da CF.

O STJ, ao usar como fundamento de seus julgados o argumento retrógrado da não subsunção do fato à norma, devido ao não enquadramento do concubinato adulterino como união estável, despreza a premente necessidade de adaptar a legislação previdenciária às vicissitudes da vida concreta e às normas constitucionais. Cria-se, assim, um modelo universal e rígido também no tocante à concessão da pensão por morte, deixando-se de examinar, em cada caso concreto, a existência ou não de dependência econômica da concubina em face do segurado.

Independente de ser uma conduta moralmente aceita, o que importa é que o segurado, quando vivo, valendo-se de sua autonomia da vontade, concedia os recursos financeiros necessários para manter a esposa e a concubina. Ressalte-se, inclusive, que, muitas vezes, a própria esposa tem consciência da simultaneidade dos relacionamentos e, não obstante isso, decide pela continuidade do vínculo matrimonial.

Ademais, mesmo nas situações em que a esposa não tem conhecimento do fato, subsistindo a pretensa “má fé” da concubina, como aduzem muitos doutrinadores, ainda assim, deve-se observar a equidade, rateando-se a pensão por morte entre ambas. Não cabe ao Judiciário, em decorrência da morte do segurado, intervir na vida privada e alterar uma realidade social já consolidada no

âmbito das famílias simultâneas[61]. Em consonância com a Carta Maior, somente é possível a intervenção do Estado, no âmbito familiar, em uma perspectiva de proteção, e nunca de exclusão.

Destarte, se o próprio segurado, antes do falecimento, administrava sua renda de modo a assegurar o sustento da esposa e da concubina, simultaneamente, criando uma situação de efetiva dependência, não cabe ao Judiciário decidir em sentido contrário, acarretando desestabilidade a uma situação fática mantida por tantos anos.

Não se pode olvidar que, em geral, assim como a viúva, a concubina também relega sua vida profissional em prol dos cuidados do lar e da prole, constituindo verdadeira injustiça social exigir seu ingresso tardio no mercado de trabalho, muitas vezes já em idade mais avançada e sem preparo para enfrentar a competitividade cruel do mundo contemporâneo. Deste modo, decisões nesse sentido constituem práticas arbitrárias e inconstitucionais.

Portanto, ainda que mantivesse a visão inconstitucional de não reconhecer a natureza familiar do concubinato adulterino, não poderia o ordenamento pátrio admitir decisões que denegassem o direito da concubina ao mencionado benefício. Trata-se de inconstitucionalidade ainda maior, e inadmissível no Estado Democrático de Direito, porquanto retira de um ser humano os meios necessários para assegurar sua subsistência.

Como brilhantemente lecionou o Ministro Carlos Ayres Britto, em voto favorável ao rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina:

> Á luz do Direito Constitucional Brasileiro, o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência, que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração "é terra que ninguém nunca pisou". Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o ordenamento jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censora ou, por qualquer modo, embaraçante[62].

---

[61] MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka. Pensão por Morte do Cônjuge: União Simultânea de Casamento e Concubinato Adulterino. Disponível em: **http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/35830/pensao_por_morte_mologni.pdf?sequence=1.** Acesso em: 1 fev., 2012.

[62] STF, Recurso Extraordinário nº 397.762-8/ BA. 1ª Turma. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em: 03/06/2008.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já não se justifica, na contemporaneidade, o falacioso argumento de não subsunção do fato à norma, com o escopo de negar à concubina seu direito constitucional à percepção do benefício previdenciário. Diante das constantes mudanças da realidade fática, com a introdução de novos valores e o rompimento de velhos paradigmas, não se pode utilizar a omissão da legislação infraconstitucional como instrumento propagador de injustiças sociais.

É essencial que os operadores do direito pátrio realizem uma hermenêutica em total consonância com o sistema constitucional, assegurando, primordialmente, o respeito à dignidade humana, e evitando que a ausência de leis venha a confundir-se com a ausência de direitos. Destarte, faz-se imprescindível prestigiar a incidência dos direitos fundamentais, não se permitindo, em absoluto, que estes sejam violados em prol de uma mentalidade anacrônica e preconceituosa.

Não restam dúvidas quanto à natureza familiar do concubinato adulterino, porquanto o instituto reúne todos os requisitos estruturais exigidos para tanto (isto é, a afetividade, a publicidade e a estabilidade). Sem embargo, conforme demonstrado no presente trabalho, o ordenamento jurídico insiste em negar a respectiva natureza familiar, optando por manter acesa a discriminação arraigada na mentalidade social e a supremacia da monogamia.

Ainda mais grave que o não reconhecimento do concubinato adulterino como entidade familiar implícita é a negativa do direito da concubina ao benefício da pensão por morte. O bem jurídico protegido, aqui, é a vida. Como pode, em pleno século XXI, negar-se a um ser humano o meio necessário para prover a própria subsistência em nome da proteção aos valores monogâmicos? Se o próprio segurado optou, em vida, por ratear sua renda, a fim de assegurar o sustento da esposa e da concubina, como pode, após sua morte, o Judiciário imiscuir-se na vida privada e simplesmente extinguir aquele direito?

Acima de qualquer discussão, é importante frisar que tanto a esposa como a concubina possuem natureza humana. Por conseguinte, ambas fazem jus à proteção assegurada pela Constituição Federal, sendo essencial o respeito a seus direitos fundamentais, rechaçando-se qualquer espécie de moralismo hipócrita que

insista em perpetuar na mentalidade dos indivíduos. Como leciona Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, “não cabe ao Estado predeterminar qual a entidade familiar que se pode constituir, mas, apenas, declarar a sua formação, outorgando-lhe a proteção social, por considerá-la base da sociedade”[63].

[63] ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de, op. cit. Disponível em: **http://jus.com.br/revista/texto/2839/familias-simultaneas-e-concubinato-adulterino**. Acesso em: 7 fev., 2012.

**Referências Bibliográficas**


ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino. Disponível em: <**http://jus.com.br/revista/texto/2839/familias-simultaneas-e-concubinato-adulterino**>.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito.** 1º vol., 2ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária Ltda., 1969.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm**>.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm**>.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm**>.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 13ª ed. São Paulo: Conceito, 2011.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. São Paulo: EDAMERIS, 1961. Disponível em: <**http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf**>.

DIAS, Maria Berenice. Adultério, Bigamia e União Estável: Realidade e Responsabilidade. Disponível em: <**http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%E9rio%2C_bigamia_e_uni%E3o_est%E1vel__realidade_e_responsabilidade.pdf**>.

_____. Família, ética e afeto. Disponível em: <**http://jus.uol.com.br/revista/texto/9624/concubinato-adulterino/4**>.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Sociedade de Afeto. Disponível em: <**http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_sociedade_de_afeto.pdf**>.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 2ª ed. São Paulo: Global, 1985.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala.** 20ª ed. São Paulo/ Brasília: Livraria José Olympio/ INL- MEC, 1980.

GOMES, Anderson Lopes. Concubinato adulterino: uma entidade familiar a ser reconhecida pelo Estado brasileiro. Disponível em: <**http://jus.com.br/revista/texto/9624/concubinato-adulterino/3**>.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: DEL´ OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

IBDFAM. Artigo. Concubinato Adulterino: Panorama histórico e disciplina jurídica a partir do Código Civil de 2002. Disponível em: <**http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=321**>.

IBGE. Estatísticas do Registro Civil 2003. Disponível em: <**http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=283**>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. Disponível em: <**http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/633/813**>.

_____. **Direito Civil.** Famílias. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus.* Disponível em: <**http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas**>.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família.** Campinas: Bookseller, 2001.

MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka. Pensão por Morte do Cônjuge: União Simultânea de Casamento e Concubinato Adulterino. Disponível em:

<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/35830/pensao_por_morte_mologni.pdf?sequence=1>.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor? In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Org.). **Famílias no Direito Contemporâneo.** Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Jus Podvm, 2010.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Vol. 5 – Direito de Família. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Casamento, união estável, namoro e uniões homoafetivas. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A família além dos mitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 282.

_____. **Direito de Família Contemporâneo:** doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: DEL´ OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos:** estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. O fim do concubinato. Disponível em: <http://rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=664>.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: **Veja 25 anos:** reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PIMENTEL, Sílvia; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher em processos de família.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas:** da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social:** legitimação e fundamentação constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direito de família. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.