

UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS  
REJANE TERESINHA HAEFLIGER

**RELAÇÃO DE CONCUBINATO ADULTERINO: UMA ENTIDADE FAMILIAR?**

REJANE TERESINHA HAEFLIGER

**RELAÇÃO DE CONCUBINATO ADULTERINO: UMA ENTIDADE FAMILIAR?**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Hέλvia Tύlia Sandes Pedreira Pereira.

PALMAS  
2010

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Biblioteca da Universidade Federal do Tocantins  
Campus Universitário de Palmas**

H118 Haefliger, Rejane Teresinha  
Concubinato adúltero: uma entidade familiar/Rejane  
Teresinha Haefliger. – Palmas, 2010.  
77 p.  
Monografia (TCC) - Universidade Federal do Tocantins,  
Curso de Direito, 2010.  
Orientadora: Prof. Hέλvia Tύlia Sandes Pereira.

1. Concubinato Adúltero. 2. Entidade Familiar. 3. Proteção Estatal.  
I. Tίtulo. II. Pereira, Hέλvia Tύlia Sandes.

**CDD 340**

**Bibliotecária: Heloisa Brasil  
CRB 2 – 1158**

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS** – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº. 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende responder a seguinte indagação: é possível reconhecer o concubinato adúltero como uma entidade familiar? A hipótese apresentada de forma a responder a essa questão é que o concubinato adúltero por apresentar em sua constituição os elementos caracterizadores de uma entidade familiar, quais sejam, a afetividade, a estabilidade e a publicidade, é passível de ser reconhecido pelo Estado como espécie de entidade familiar. No presente trabalho, demonstra-se que o concubinato adúltero, compreendido como o relacionamento afetivo entre um homem e uma mulher, em que um destes se encontra simultaneamente em gozo de casamento ou união estável com outra pessoa, existe desde o período colonial brasileiro e influenciou na formação da identidade nacional. Entretanto, constata-se que a temática envolvendo este instituto permanece desprovida de uma análise mais aprofundada, que supere o juízo de valor depreciativo e excludente, tanto por parte do legislador quanto por parte da doutrina e da jurisprudência. As respostas dadas pelos Tribunais, na análise deste fato social, têm sido ineficientes e abrem precedentes para o cometimento de injustiças, principalmente em relação à concubina, que é a parte estigmatizada da relação. Quanto ao concubino, não há reflexos; depois de anos de convívio, deixa a relação sem qualquer responsabilidade ou sanção pela infidelidade conjugal. Por outro lado, as relações que envolvem os concubinos adúlteros são convivências baseadas no afeto e não na obtenção de lucro ou riqueza. São relacionamentos que envolvem na maioria das vezes frutos, como filhos e construção patrimonial em comum. Com base na problemática exposta, justifica-se a importância e a relevância do presente estudo, o qual tem por objetivo geral avaliar a possibilidade de reconhecimento do concubinato adúltero como entidade familiar e, por consequência, assegurar tratamento digno aos envolvidos. Nessa esteira, partindo da compreensão de família como instituição humana em que imperam a afetividade, a estabilidade e a publicidade e tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 contempla a proteção da pluralidade familiar e da dignidade da pessoa humana, a hipótese que se pretende responder estará comprovada, ou seja, de que o concubinato adúltero, por apresentar as qualidades inerentes a uma entidade familiar, deve ser reconhecido pelo ordenamento jurídico como espécie de entidade familiar. A metodologia de trabalho adotada procura, por meio de levantamentos e estudos, compreender a problemática do concubinato no ordenamento jurídico brasileiro. No que diz respeito à linha teórico-metodológica, busca-se na Constituição, nas leis, na doutrina e na jurisprudência aplicáveis à matéria alcançar o objetivo geral e os específicos estabelecidos e, principalmente, confirmar a hipótese como foi posta.

**Palavras-chave:** Concubinato adúltero. Entidade familiar. Proteção estatal.

## ABSTRACT

This monograph aims to answer the following question: is it entity? The hypothesis presented in order to answer this question is that the adulterous concubinage in its constitution by presenting the elements that characterize a family entity, to wit, affection, stability and advertising, is likely to be recognized by the state as a kind of entity family. In this study, we show that adulterous concubinage, understood as the affective relationship between a man and a woman in one of these is both in joy of marriage or stable relationship with another person, has existed since the colonial period and influenced the formation of national identity. Moreover, it appears that the issue involving the Institute remains devoid of a deeper analysis, which exceeds the value judgments derogatory and exclusionary, both by the legislature as part of the doctrine and jurisprudence. The answers given by the Courts when the analysis of this social fact has been inefficient and open precedents for the commission of injustice, especially in relation to the concubine, who is the stigmatic part of the relationship, who, at best, receive part of the assets acquired in common effort, it is proved that effectively contributed to its acquisition. As for the concubine, no reflexes, because it continues with the ownership of property and, after years of living, let the relationship without liability or penalty for marital infidelity. On the other hand, the relations involving concubines adulterous cohabitation are seated in the affection and not to obtain profit or wealth. Are relationships that involve, in most cases, fruits such as children and building equity in common. Based on the problems exposed, justifies the importance and relevance of this study, which aims at evaluating the possibility of recognition of adulterous concubinage as a family unit and, therefore, to ensure decent treatment for those involved. It will remain shown that the relationship is adulterous concubine of communion and affection that the link between those involved is perpetuated in time and take on advertising, at least within the community that are inserted the concubines. On this track, starting from understanding the family as an institution that prevails in human affection, stability and advertising and in view of the Constitution of 1988 addresses the protection of the plurality of family and human dignity, the hypothesis that we intend to answer be proven, namely that the adulterous concubinage, for presenting the qualities inherent in a family entity, must be recognized by law as a kind of entity to institute family extending the protection given to other family entities. The methodology adopted in this study makes use of the deductive method, or search through surveys and studies to understand the issue of concubinage in the Brazilian legal system. With respect to the line theory and method, followed by the juridical-dogmatic discussion that restricts the scope of the subject's own internal law, seeking the Constitution, laws, doctrine and jurisprudence applicable to the subject to achieve the overall objective and specific set, and especially how to confirm the hypothesis was put.

**Key-words:** Concubinage adulterous. Family entity. State protection.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
I - Família.....	09
1- Evolução Histórica.....	09
2- Transformações Jurídicas.....	15
3- Conceito Jurídico e Social.....	19
4- Formas de Família na Atualidade.....	23
4.1- Casamento.....	25
4.2- União estável.....	26
4.3- Família monoparental.....	28
4.4- Família anaparental.....	29
4.5- União homoafetiva.....	29
4.6- Concubinato.....	30
II- Princípios Constitucionais Aplicáveis à Entidade Familiar.....	32
Elementos Caracterizadores da Família.....	46
1- Princípios Aplicáveis.....	32
1.1- Princípio da dignidade humana.....	33
1.2- Princípio da solidariedade.....	36
1.3- Princípio da igualdade.....	37
1.4- Princípio da liberdade.....	39
1.5- Princípio da afetividade.....	40
1.6- Princípio da convivência familiar.....	41
1.7- Princípio do melhor interesse da criança.....	42
1.8- Princípio do pluralismo familiar.....	42
1.9- Princípio da monogamia.....	44
2- Elementos Caracterizadores.....	46
III- Concubinato.....	49
1- Evolução Histórica.....	49
2- Conceito.....	55
3- Posicionamento Legal e Doutrinário.....	57
4- Posicionamento Jurisprudencial.....	61
CONCLUSÕES.....	72
REFERÊNCIAS.....	75

## INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente trabalho responder a seguinte questão: é possível reconhecer o concubinato adulterino como uma entidade familiar?

Até meados do século XX, a ideia de que se tinha sobre a família era tradicional. Sua estrutura era patriarcal e conservadora, permeada pelo aspecto patrimonial, e a posição estatal dominante reconhecia como única forma de constituição familiar o casamento indissolúvel, em que o homem gozava de posição hierárquica privilegiada em relação à esposa e aos filhos.

Com as mudanças desencadeadas pela Revolução Industrial transformações profundas atingiram as relações familiares. A independência econômica da mulher e o advento do divórcio modificaram as bases de constituição da família. Passa-se, então, a identificar novas características em sua formação, como a afetividade, a solidariedade, a liberdade.

No Código Civil brasileiro de 1916, todo relacionamento afetivo que não se encaixava no modelo estabelecido pelo Estado, qual seja, a família patriarcal constituída pelo casamento indissolúvel, era excluído da proteção legal. As relações afetivas constituídas fora do casamento, conhecidas como concubinato, só eram mencionadas em alguns artigos do referido Normativo no intuito de estabelecer proibições. Por outro lado, o Código Civil de 2002, sob a influência do Texto Constitucional de 1988, buscou prover uma nova compreensão do instituto, adequada ao novo século, embora de maneira tímida.

A grande precursora na nova concepção de família foi a Constituição Federal de 1988 que, inclusive, estabeleceu-a como "base da sociedade", não mais vinculando seu conceito ao casamento. A Norma Maior vigente alçou a dignidade da pessoa humana à condição de princípio constitucional fundamental. No campo específico do Direito de Família, a aplicação deste princípio significa que o foco de proteção dirige-se à pessoa de cada um dos membros da família, garantindo-lhe condições de vida digna.

Além disso, a Carta Política atual trouxe o princípio da pluralidade familiar, acolhendo um fato social comum, qual seja: as famílias com casamento e as famílias sem casamento, demonstrando não ter qualquer preconceito com relação ao formato dos arranjos familiares, preocupando-se em tutelar os indivíduos que a

compõem. Reconheceu expressamente, além do casamento, as uniões decorrentes da união estável e as monoparentais (formada por um dos pais e os filhos). Nesse sentido, a partir da aceitação de outros arranjos familiares diversos do casamento, depreende-se a possibilidade de inserção de outros tipos de família existentes na sociedade, que ainda não recebem proteção jurídica.

A constituição da família atual se dá pelo aspecto afetivo. Sem afeto, hoje, ela não se caracteriza. Além deste requisito, outros dois elementos permitem reconhecê-la: a estabilidade do relacionamento, excluindo-se os relacionamentos casuais, esporádicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida, e a ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

Com a tutela dada à união estável pela Constituição Federal de 1988, o constituinte passa a considerar as uniões não matrimonializadas como uma realidade não só social, mas também jurídica. No que diz respeito ao instituto do concubinato adulterino, tema do presente trabalho, o Código Civil de 2002 (diferentemente de seu antecessor) inova quando conceitua o referido instituto como “as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar” (artigo 1.727), entretanto, não menciona qualquer espécie de direito concedido às demais entidades familiares àqueles que se relacionam em concubinato adulterino.

Na seara doutrinária e jurisprudencial, mesmo após a mudança paradigmática das relações familiares, o tema é tratado de forma controversa, sem um delineamento objetivo. Corrente majoritária da doutrina e da jurisprudência resiste em incluir o concubinato adulterino no rol de relações com natureza de entidade familiar, negando-lhe efeitos jurídicos. O argumento utilizado para o não reconhecimento reside no fato de que o ordenamento jurídico brasileiro se assenta no princípio monogâmico, não podendo o Estado endossar relacionamentos afetivos que se desenvolvem concomitantemente ao casamento ou a união estável de um dos envolvidos.

No presente trabalho, constata-se que as uniões livres entre homem e mulher, desprovidas de formalidades, existem há milênios, contudo, o tema permanece carente de uma análise mais aprofundada, que supere o juízo de valor depreciativo e excludente, tanto por parte do legislador quanto por parte da doutrina e da jurisprudência.

As relações concubinárias são convivências calcadas no afeto que se perpetuam no tempo e se revestem de publicidade, ao menos no âmbito da comunidade em que estão insertos os concubinos. São uniões afetivas que envolvem, na maioria das vezes, frutos, como filhos e construção patrimonial em comum.

As respostas dadas pelos Tribunais quando da análise deste fato social têm sido ineficientes e abrem precedentes para o cometimento de injustiças, principalmente em relação à concubina, que é a parte estigmatizada da relação. Quanto ao concubino, não há reflexos, uma vez que este, depois de anos de convívio, deixa a relação sem qualquer responsabilidade ou sanção pela infidelidade conjugal.

Com base na problemática exposta, justifica-se a importância e a relevância do presente estudo, o qual tem por objetivo geral avaliar a possibilidade de reconhecimento do concubinato adulterino como entidade familiar e, por consequência, assegurar um tratamento digno aos envolvidos.

Como metodologia de trabalho utilizou-se o método de abordagem dedutivo, ou seja, buscou-se por meio de levantamentos e estudos compreender a problemática de tais relacionamentos. No que diz respeito à linha teórico-metodológica, segue-se a vertente jurídico-dogmática na medida em que se restringe a discussão do tema ao âmbito interno do próprio direito, buscando na Constituição, nas leis, na doutrina e na jurisprudência aplicáveis à matéria, alcançar o objetivo geral e os específicos e, principalmente, responder a hipótese tal como foi posta.

A argumentação do presente trabalho ocorre em três capítulos: o primeiro capítulo contempla a origem e evolução da família, as mudanças que esta instituição sofreu ao longo do tempo; as diferentes formas de família existentes na atualidade, além de uma tentativa de conceituação da família contemporânea. No segundo capítulo desenvolve-se um estudo acerca dos princípios aplicáveis à entidade familiar e dos elementos que atualmente são considerados como essenciais à sua caracterização. O terceiro e último capítulo é destinado à evolução histórica do concubinato, sua conceituação atual no Código Civil vigente, e como se dá sua apreensão no campo legal, doutrinário e jurisprudencial.

## I- FAMÍLIA

### 1- Evolução Histórica

A família é um instituto de origem antiga que passou por modificações jurídicas importantes a partir da segunda metade do século XX. Por isso, o presente trabalho apresenta um breve histórico, com ênfase nas transformações ocorridas desde a sua origem, sua linha de evolução e o que predomina atualmente acerca de suas várias definições.

Cumprido esclarecer que a origem da família é bastante imprecisa e controversa, não obstante a existência de inúmeros estudos e pesquisas investigativas sobre o tema. A escola evolucionista resume a passagem da família por quatro fases: a promiscuidade inicial, o matriarcado, o patriarcado e a monogamia. (Lopes Gomes, *on line*)

Engels, citado por Venosa (2006, p. 3), em sua obra sobre a origem da família, descreve que no estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais, pois as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo, o que era chamado de endogamia. Disto decorria que sempre se conhecia a mãe, mas se desconhecia o pai. Esta primeira fase, segundo Venosa (2006, p. 3), permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança sempre ficava junto à mãe, a qual zelava pelas suas necessidades.

Analisando posicionamento defendido por Mac Lennan e Morgan, no qual os sociólogos defendem a existência de uma promiscuidade originária na família primitiva, em que todas as mulheres pertenceriam a todos os homens, Pereira da Silva (1991a, p. 19) acha pouco provável tal condição, uma vez que contrasta com a ideia exclusivista do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, e contraditória com o desenvolvimento da espécie:

Quem estuda a família em investigação sociológica, encontra referências a vários estágios primitivos em que mais atua a forma da imaginação do que a comprovação fática; mais prevalece a generalização de ocorrências particulares do que a indução de fenômenos sociais e políticos de franca aceitabilidade.

Em relação à teoria sociológica mencionada por Spencer, que inscreve a família no tipo poliândrico, compreendido como a presença de vários homens para uma só mulher, Pereira da Silva (1991a, p. 19) sustenta que também não merece guarida. O jurista entende que “mais racional seria aceitar como originária a ideia da família monogâmica, defendida por Ziegler, Starck, Darwin, Westermarck”.

Conforme Venosa (2006, p. 3), após a fase da endogamia (relações que ocorriam entre todos os membros que integravam uma tribo), levados pela guerra, pela carência de mulheres e talvez uma inclinação natural, os homens de uma tribo passaram a procurar mulheres em outra tribo, antes do que em seu grupo, o que deu origem à fase da exogamia e que pode ser entendido como a primeira manifestação contra o incesto no meio social.

Pereira da Silva (1991a, p. 19), em análise acerca da origem e evolução da família, afirma que “fato certo e comprovado, este, sim, pelos registros históricos, pelos monumentos literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família ocidental viveu largo período sob a forma patriarcal”.

Esclarece ainda Venosa (2006, p. 3) que, “no curso da história, o homem marcha para relações individuais, com caráter de exclusividade, embora algumas civilizações mantivessem situações de poligamia [...] desse modo, atinge-se a organização atual de inspiração monogâmica”.

Como a família é fruto de uma recorrente evolução, outras teorias surgiram a fim de conceituar a origem do instituto. A partir da década de 30, novos métodos e pesquisas foram abordados por estudiosos, especialmente americanos, em que se abrangia, além da história e da antropologia, a psicologia e a psicanálise, desenvolvendo-se a pesquisa empírica. De acordo com Glanz (2005, p. 35), “os americanos fundaram a pesquisa estendida a três gerações, para estudar a mudança social e familiar e novos métodos de pesquisa a ser usados”.

Glanz (2005, p. 36) faz referência à teoria sociológica chamada evolutiva, desenvolvida por Burgess. Essa teoria foi desenvolvida em 1953, pelo sociólogo americano Ernest W. Burgess, que versava, em suma, na ideia de que a evolução da família na era industrial caracteriza-se pela substituição crescente das relações de autoridade pelas relações de associação e camaradagem. Ou seja, nos dizeres de Jean Carbonnier, citado por Glanz (2005, p. 36):

Fala-se em democratização da família (mais liberdade, igualdade e fraternidade), o que seria apenas metáfora, pois são diversas as situações de família e de cidade. Considerando a situação do casal e dos pais e sua descendência, fala-se em dupla emancipação: da mulher e da criança.

Para Venosa (2006, p. 3), a família, por ser uma entidade orgânica, deve ser examinada primordialmente sob o ponto de vista exclusivamente sociológico antes de o ser como fenômeno jurídico. Segundo ele, nas primeiras civilizações de importância, como assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, reduzindo-se hoje para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores que vivem no mesmo lar.

Gomes (1991, p. 36) defende que o estudo das teorias sociológicas e jurídicas sobre a formação da família primitiva não interessa, necessariamente, ao conhecimento da estrutura jurídica atual de família. Para ele, a instituição familiar nas antigas civilizações orientais não possui maior importância, pois a sua organização não teria influenciado de maneira considerável na elaboração do Direito moderno. No que diz respeito à evolução jurídica da família no ocidente, segundo o autor, o que influenciou sobremaneira foi o direito romano.

Conforme Machado (2000, p. 3), foi a antiga Roma que sistematizou normas severas que fizeram da família uma sociedade patriarcal. A família romana era organizada preponderantemente no poder e na posição do pai, chefe da comunidade. Examinando a influência do direito romano no Direito de Família ocidental, Gonçalves (2009, p. 15) cita que:

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familia* exercia sobre os filhos direito de vida e morte. [...] A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital [...] A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

No direito romano, as pessoas eram divididas quanto ao estado na família, chamado *status familia*. Tal divisão consistia em *sui juris* e *alieni juris*. Gomes (1991, p. 36) explica que na categoria de *sui juris* encontrava-se o *pater familia*, e na segunda categoria situavam-se as pessoas submetidas ao seu poder. Em suas palavras: "Os filhos não se emancipavam, como ocorre atualmente, ao atingirem certa idade. A mulher jamais ascendia à posição de *pater familia*, conquanto adquirisse, em determinadas circunstâncias, a condição de *sui juris*." Nesse

momento, a figura singular do *pater* possuía completamente a dos outros membros do grupo, ou seja, o seu poder era exercido quase absolutamente sobre a mulher, os filhos e os escravos.

Pereira da Silva (1991a, p. 20) ensina que “o *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz”. Isto porque ele comandava e exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte, enquanto a mulher era totalmente subordinada à autoridade marital.

No direito romano o afeto natural, mesmo existindo, não era o elo principal entre os membros da família. Aduz Venosa (2006, p. 4) que “nem o nascimento nem a afeição foram fundamento da família romana”. Acrescenta, ainda, que “os membros da família antiga romana eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto aos antepassados”. O autor, para comprovar tal entendimento, traz pensamento de Fustel del Coulanges:

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal na estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e a as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto.

Pereira da Silva (1991a, p. 21), citando os Irmãos Mazeaud, informa que a partir do século IV, com o Imperador Constantino, planta-se no Direito Romano o entendimento cristão de família, na qual as preocupações de ordem moral predominam. Venosa (2006, p. 5) afirma que mesmo com o desaparecimento da família pagã e o surgimento da família cristã não desapareceu por completo o caráter de unidade de culto, sendo que a família, constituída pelo casamento, se submetia ao controle da Igreja. Nesse sentido, Teixeira, citado por Venosa (2006, p. 5), recorda que “a família se mostrou como a própria Igreja em miniatura, com sua hierarquia, seu local destinado ao culto, uma pequena capela, uma imagem ou um crucifixo ainda encontráveis em muitos lares”.

Seguindo o contexto da evolução histórica da família, destaca-se também a influência exercida pela Escola do Direito Natural que, para Gomes (1991, p. 39), alterou a estrutura tradicional de família, amenizando seu cunho patriarcal e sua

finalidade política e, ainda negando o caráter religioso do matrimônio. Para o jurista, proclamou-se a igualdade e extinguiu-se a ideia de função política.

Durante a Idade Média, nos dizeres de Gonçalves (2009, p. 16), as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Esclarece que, embora as normas romanas continuassem a ter influência no que se refere ao poder do *pater* e às relações patrimoniais entre os cônjuges, outras regras começam a ter influência, como as decorrentes do direito germânico.

A partir do século XIX, o casamento passou a ser normatizado pelo Estado. Nas palavras de Venosa (2006, p. 5): "A ciência do direito demonstrou nos últimos séculos o caráter temporal do casamento, que passou a ser regulamentado pelo Estado, que o inseriu nas codificações a partir do século XIX como baluarte da família".

Na evolução pós-romana, a família não se apresenta mais com a rigidez que possuía sob a égide do direito romano, sendo que o chefe exerce sua autoridade, mas não de forma absoluta. Confirmando esse entendimento, Pereira da Silva (1991a, p. 22) descreve:

Os filhos podem adquirir bens, que, em sua menoridade, são administrados e usufruídos pelos pais. A mulher forma seu patrimônio reservado, de que o marido não pode dispor, e ainda tem a faculdade de defender a sua parte no acervo comum, contra os credores do marido. Cooperava na administração do lar, repartindo com ele as decisões e as responsabilidades.

No que concerne à formação da família brasileira, Lôbo (2006, p. 12) ensina que:

A família patriarcal perpassou a história deste país e marcou, profundamente, a formação do homem brasileiro. Suas funções mais evidentes eram econômico-patrimoniais, políticas, procracionais e religiosas. A função da realização da comunidade afetiva, que passou a ser determinante ao final do século XX, era secundária. A filiação biológica, desde que originada na família matrimonializada, era imprescindível para o cumprimento dessas funções e papéis, notadamente de preservação da unidade patrimonial.

Nesse momento, o padrão de família para o Brasil era o monogâmico, em que o pai era a única autoridade, sob o olhar da Igreja; referido padrão foi empregado

pelo Estado durante o Império e grande parte do século XX tendo entrado em crise e se alterado no plano jurídico a partir dos valores inseridos pela Constituição de 1988.

Pereira da Silva explica (1991a, p. 22) que, modernamente, desapareceu a organização patriarcal que vigorou no Brasil por todo o século passado, e não somente no direito, mas também nos costumes:

A necessidade econômica ou a simples conveniência leva a mulher a exercer atividades fora do lar, o que enfraquece o dirigismo no seu interior. Problemas habitacionais de espaço e atrações freqüentes exercem nos filhos maior fascínio do que as reuniões e os jogos domésticos do passado.

Até o início do século XX, a família se estruturava em volta de seu patrimônio, entretanto, Venosa (2006, p. 6) orienta que:

A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família. A industrialização transforma drasticamente a composição da família, restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho.

Nesse sentido, Venosa (2006, p. 6) esclarece que no século XX o papel da mulher transforma-se intensamente e esse movimento de conquista de direitos das mulheres, junto à revolução em sua função familiar e social, vem como fator fundamental para as mudanças sucedidas na família, sendo que a família não tem mais como base essencial o matrimônio. É esse entendimento que Lôbo (2006, p. 2-3) demonstra ao afirmar que na atualidade a família busca se identificar em interesses diversos de outrora, tendo ainda a religião e traços econômicos como características, mas não predominantes:

A família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo.

Ao traçar um perfil das famílias ao longo da história, observa-se que houve variações em cada cultura dos elementos determinantes na sua formação. Num

momento, prevalecia o cunho patriarcal/patrimonial e religioso; noutra impera os vínculos afetivos.

Pereira (2002, p. 12) afirma que a família não é propriamente um fato natural; é antes uma decorrência da cultura. Ela não se constitui de um macho, fêmea e filhos; o elemento que funda uma família é o elo psíquico estruturante, dando a cada membro um lugar definido, uma função (pai, da mãe, dos filhos, sem necessariamente haver o vínculo biológico). Portanto, aduz o referido Autor, a partir do momento em que se passa a ver a família como estrutura psíquica, constata-se que a sua importância está antes e acima das normas que determinam formalidades para sua constituição, não mais confundindo o conceito de família com o casamento, uma vez que este representa apenas uma das formas de constituição da família.

## **2- Transformações Jurídicas**

Diante das transformações pelas quais passou o instituto da família ao longo do século XX, há que se notar que se criou um desafio para o legislador e o jurista no que se refere à apreensão dos novos arranjos familiares verificados na sociedade. Tais modificações ensejaram a necessidade de mudanças na legislação e nos juízos daqueles que interpretam o Direito.

No Brasil, segundo Lôbo (2008, p. 20-21), do ponto de vista do ordenamento jurídico, há três grandes períodos que demarcam o instituto família:

Do Direito de Família religioso, ou do direito canônico, que perdurou por quase quatrocentos anos, que abrange a Colônia e o Império (1500-1889), de predomínio do modelo patriarcal; do Direito de Família laico, instituído com o advento da República (1889) e que perdurou até a Constituição de 1988, de redução progressiva do modelo patriarcal; do Direito de Família igualitário e solidário, instituído pela Constituição Federal de 1988.

Explica o referido Autor (2008, p. 21-22) que, no período religioso, quem regulava a família era a Igreja Católica, religião oficial tanto da Colônia como do Império, decorrente do ordenamento jurídico trazido por Portugal. Nesse período, o Estado abriu mão de regular a vida privada de seus cidadãos em benefício de uma organização religiosa. Com a Constituição de 1889 foi inaugurado o período laico, em que ocorreu a subtração da competência do direito canônico sobre as relações

familiares, especialmente sobre o matrimônio, ficando o casamento religioso destituído de qualquer efeito civil. Por fim, ao longo do século XX até à Constituição de 1988, houve a progressiva redução da família patriarcal e ascensão da família igualitária.

No que se refere à proteção da família no campo constitucional, nas duas primeiras Constituições nacionais, o referido assunto passou quase despercebido pelos seus legisladores. Na Constituição de 1824, nenhuma referência à família foi feita em particular (a não ser à família imperial, uma vez que dispunha acerca de sua dotação), e a Constituição de 1891 apenas passou a reconhecer o casamento civil como único ato jurídico capaz de constituir a família, determinou que sua celebração fosse gratuita e nada mais disse acerca da sua composição. (Oliveira, *on line*).

Já na Constituição de 1934, a família ganhou um capítulo inteiro dispondo que esta ficava sob a proteção do Estado e que sua base estava no ato jurídico do casamento indissolúvel. A referida Carta não se preocupou em apresentar um conceito formal do que seria família, limitando-se a especificar o ato pelo qual ela se constituía e estabelecer que este ato jurídico formal era indissolúvel. Essa época foi bastante marcada pela influência da Igreja que defendia a indissolubilidade do casamento (ato matrimonial religioso), a família como dever de procriação e a mulher submissa ao homem, devendo respeito e obediência a este. (Oliveira, *on line*)

As demais Constituições, de 1946 e de 1967, não trouxeram inovações no assunto família, ao contrário, continuaram tendo como legítimo somente o casamento civil e mantiveram-no como indissolúvel. Foi a Constituição Federal de 1988, consoante Dias (2009, p. 40-41), que produziu profundas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas. A autora cita como principais: a supremacia da dignidade da pessoa humana; o resgate do ser humano como sujeito de direito; o pluralismo das relações familiares e a presença do vínculo afetivo como elemento distintivo para o reconhecimento da família.

Quanto ao tratamento na esfera civil, Gomes (1991, p. 19) traçou um quadro comparativo entre o Direito de Família estatuído no Código Civil de 1916 e o que se encontra em vigor no Código Civil de 2002. Segundo ele, na vigência do Código Civil de 1916 a família era um grupo de ordem privada que se disciplinava pelos costumes sociais do tempo e do lugar que se estabelecia. Desta forma, o legislador

se limitava a escrever acerca de uma determinada situação social que atribuía ao marido e pai o pátrio poder e nunca editava regras para a disciplina da vida em família.

De acordo com Venosa (2006, p.10), o direito canônico conduziu a família brasileira até o século XVIII e guiou as leis civis que se seguiram, mas não era um Direito Civil na definição técnica do termo. Tal direito constituía-se por normas inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Nesse momento, no direito brasileiro tinha-se a ideia tradicional de que a família se encontrava constituída de pais e filhos unidos pelo casamento regulado pelo Estado.

A respeito do Código Civil de 1916, Ruzik (2005, p. 14) constata que “o ambiente normativo contemporâneo acerca do Direito de Família é substancialmente diverso daquele que marcou a codificação de 1916”. No contexto social daquela época a organização da família tinha por base o casamento e só o casamento dos pais conferia aos filhos o estatuto privilegiado da legitimidade. Como bem explana o autor Muniz (1993, p. 69):

O modelo de família que o legislador teve em vista, ao elaborar o Código Civil em sua versão original, traduz uma sociedade conjugal funcionalmente diferenciada e acentuadamente hierarquizada nas relações entre os cônjuges.

Dias (2009, p. 30) assevera que o Código de 1916 trazia uma concepção discriminatória da família, uma vez que a limitava ao grupo surgido pelo casamento, impedia a dissolução deste, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações preconceituosas às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações, sendo que os excluía de qualquer direito.

Quanto ao Direito de Família na atualidade, Gomes (1991, p. 19) esclarece que:

A evolução caminha, porém, no sentido oposto, de controle normativo e judicial desses poderes, para chegar ao ponto em que se elimina o despotismo marital, se divide entre marido e mulher a direção da família e o pátrio-poder se torna um *munus* tecnicamente definido como um poder-dever.

Em relação ao Código Civil de 2002, destaca-se que ele buscou prover uma nova compreensão de família, adequada ao novo século, embora de maneira tímida.

Lôbo (2008, p. 24) explica que o Código Civil de 2002 tramitou no Congresso Nacional durante três décadas e deu tratamento confuso ao Direito de Família, pois o texto resultou da conciliação de dois paradigmas opostos:

O paradigma do projeto de 1969-1975 era a versão melhorada do que prevaleceu no Código Civil de 1916, fundado na família hierarquizada e matrimonializada, no critério da legitimidade da família e dos filhos, na desigualdade entre cônjuges e filhos, no exercício dos poderes marital e paternal. Já o paradigma da Constituição de 1988 aboliu as desigualdades, os poderes atribuídos ao chefe da família, o critério da legitimidade e a exclusividade do matrimônio. A adaptação do texto originário do projeto ao paradigma constitucional implicou mudanças radicais, mas que deixaram resíduos do anterior, impondo-se a constante hermenêutica de conformidade com a Constituição.

Dentre as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, Venosa (2006, p. 11) comenta que este, seguindo o que já havia sido estabelecido pela Constituição de 1988, procura estabelecer a igualdade jurídica entre os cônjuges e a contemplação do princípio da igualdade jurídica entre todos os filhos, independentemente de sua origem, não mais se referindo ao pátrio poder do direito romano, mas sim ao poder familiar, exercido como um poder-dever em igualdade de condições pelos progenitores.

Apesar dos avanços instituídos pelo Código de 2002, percebe-se que a Constituição de 1988 foi a grande precursora na nova concepção de família, tendo proclamado a família como base da sociedade. Nos dizeres de Lôbo (2008, p. 4-5): "A Constituição Federal de 1988 foi a que mais interveio nas relações familiares e a que mais as libertou". Segundo o autor, "o consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspirou o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988".

Gonçalves (2009, p. 17) explica que a Carta Constitucional de 1988 absorveu novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação, e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana. Destaca as inovações a partir de três eixos básicos:

Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformar “encontra-se no § 6º do art. 227 [...] alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos arts. 5º, inciso I, e 226, § 5º, ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres [...]”.

No Código Civil de 1916 existia somente a família formada unicamente pelo casamento, originária do modelo patriarcal e hierarquizado, na qual predominavam as relações patrimoniais e não a proteção das relações pessoais familiares. Com o Código Civil de 2002, ocorreram avanços, entretanto, considerados tímidos para abarcar as transformações pelas quais passava a sociedade. O grande progresso, na verdade, ocorreu por meio do Texto Constitucional de 1988 que introduziu uma nova ordem de valores a reger o contexto familiar, dentre os quais destacam-se como principais: a valorização dos vínculos afetivos na constituição da família, a igualdade entre os gêneros e entre os filhos, o reconhecimento de outras entidades familiares diversas da constituída pelo casamento e a proteção à dignidade da pessoa humana.

### **3- Conceito Jurídico e Social**

Ao considerar a complexidade dos fenômenos que envolvem as tramas familiares que se apresentam atualmente, torna-se bastante difícil a empreitada de conceituar o termo família. Não obstante essa dificuldade, doutrinadores como Gomes, Venosa, Lôbo, entre outros - vêm se manifestando face às necessidades contemporâneas.

No passado, havia juristas que defendiam a ideia de a que família constituía uma pessoa jurídica. Dentre eles, destaca-se Savatier, citado por Gomes (1991, p. 33), que acreditava que a família não seria apenas um grupo social, mas um grupo personificado, que age como uma só pessoa. Nesse sentido, a família, por ser detentora de direitos extrapatrimoniais, seria pessoa jurídica.

Essa teoria não convenceu. Gomes (1991, p. 35), por exemplo, afirma que “nada impediria que se atribuísse personalidade jurídica à família, sem maior proveito, aliás, [...] porquanto a atividade jurídica desse grupo pode ser exercida normalmente através da outorga legal de poderes a um de seus membros [...]”.

Venosa (2006, p. 8) se posiciona da mesma maneira quando afirma que não é a família titular de direitos, mas sim os seus membros individualmente considerados. Assim se manifesta o autor:

Em nosso direito e na tradição ocidental, a família não é considerada uma pessoa jurídica, pois lhe falta evidentemente aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações. Os pretensos direitos imateriais a ela ligados, o nome, o poder familiar, a defesa da memória dos mortos, nada mais são do que direitos subjetivos de cada membro da família.

O mencionado Autor (2006, p. 8) explica ainda que houve defensores da tese de que a família constituía um organismo jurídico, a qual não se manteve uma vez que a família se apresenta como um dado sociológico e biológico de caráter natural preexistente ao direito imposto pelo Estado.

A doutrina majoritária considera a família como sendo uma instituição. Dentre os defensores desta tese, destaca-se Maurice Hauriou, citado por Venosa (2006, p. 9), como precursor dessa teoria, a qual se baseia na ideia de que família é um agrupamento humano subordinado à autoridade e comportamentos sociais.

Pereira da Silva (1991a, p. 15) cita que, em sentido genérico e biológico, considera-se "família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum". Neste grupo, o autor engloba o cônjuge, os enteados, os genros e noras e os cunhados. O referido autor explica que durante séculos a família era um organismo extenso e hierarquizado, entretanto, com a lei da evolução, reduziu-se, sendo compreendida, em senso estrito, ao grupo formado por pais e filhos. Ressalta, ainda que, em razão de efeitos sucessórios, são considerados membros da família aquelas pessoas chamadas por lei a herdar umas das outras.

Observa-se que ora se dá a família uma visão de organismo mais amplo ora se vislumbra um número reduzido de seus membros, isso vai depender da época e lugar. Segundo Venosa (2006, p. 3), "entre os organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos".

Etimologicamente, a palavra família vem do latim "familia". Em latim, *famulus*, *famuli* é fâmulos, escravo. Friedrich Engels, citado por Glanz (2005, p. 18), em seu conhecido estudo diz:

Em sua origem, a palavra família não significa o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do filisteu de nossa época – a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e família é o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem.

Beviláqua (1976, p. 16) menciona dois enfoques para o termo família; um amplo e outro mais restrito. De forma ampla o termo família sugere um conjunto de pessoas unidas por relação de parentesco, e de forma restrita indica um instituto formado pelos pais e filhos:

O conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família somente os cônjuges e a respectiva progênie.

Venosa (2006, p. 1) comenta que a conceituação de família oferece inicialmente um paradoxo para sua compreensão, uma vez que o Código Civil não a define e não existe identidade de conceitos para o direito, para a sociologia ou para antropologia. Ressalta ainda que a flutuação acerca de sua definição nos diversos ramos do direito dificulta a compreensão de um sentido único. Entretanto, o autor procura trazer conceitos apreendidos pelo Direito Civil moderno, sendo um mais amplo e outro mais restrito:

Desse modo, importa considerar a família em *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Em *conceito restrito*, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

Além das tentativas de doutrinadores e juristas de buscarem a definição de família, muitas normas procuram estabelecer o que significa juridicamente a expressão. Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem instituiu em seu artigo XVI, inciso 3, que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Venosa (2006, p. 1) destaca ainda que dentro do mesmo sistema podem ocorrer variações acerca do conceito de família, como é o caso da Lei de Inquilinato

(8.245/91) que ora engloba no conceito de família "sucessores do locatário as pessoas residentes no imóvel que viviam na dependência econômica do falecido" ora restringe o alcance familiar a "apenas pais e filhos".

Ainda como exemplo de variação do conceito, pode-se mencionar a definição de família trazida pela nova Lei de Adoção (12.010/2009): "Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade". Num perfil mais alinhado com a idéia de família atual, tem-se a Lei Maria da Penha (11.340/06) que identifica como família "qualquer relação de afeto".

Acerca do conceito sociológico de família, Venosa (2006, p. 2) expõe que "pode ser considerada a junção de pessoas que vivem num mesmo teto, sob a autoridade de um titular". Segundo o autor, tem-se como exemplo da aplicação deste conceito o art. 1.412, § 2º, do atual Código Civil, que trata do instituto do 'uso' dentro dos direitos reais, o qual descreve que "as necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico".

Diferentemente do que acontece nos dias atuais, as relações familiares nem sempre foram pautadas por laços afetivos, de modo que a extensão do conceito de família sofreu inúmeras variações ao longo da história, tendo se ampliado com a Constituição Federal de 1988. Antes dela, a expressão família somente era atribuída àquela entidade constituída pelo casamento.

Seguindo o entendimento de Madaleno (2004, p. 18), o vínculo que se prega para a família não é necessariamente o de sangue, mas o de afeto. Ou seja, em uma concepção ampla pode-se afirmar que a família é constituída por pessoas unidas por vínculos de consanguinidade ou afetividade. Nos seus dizeres:

A família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas, que conformam modelos de comportamento, e as designações de parentesco não se relacionam necessariamente com o vínculo biológico. Existem os pais biológicos, adotivos e sociais.

Importante destacar as palavras de Barros (2001, p. 12), que define família como aquela em que existe um vínculo afetivo especial, que o autor denomina de afeto conjugal ou afeto familiar:

É o afeto entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas intimamente, tornando-as cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja patrimônio moral, seja patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: o "afeto conjugal". Mais conveniente é chamá-lo "afeto familiar".

Segundo Dias (2009, p. 43), a lei nunca se preocupou em definir a família, limitando-se a identificá-la com o casamento; destaca que essa omissão do âmbito jurídico, que excluía todo e qualquer vínculo de origem afetiva, causou um resultado desastroso, "pois levou a Justiça a condenar à invisibilidade e negar direitos a quem vivia aos pares, mas sem a chancela estatal".

Houve grande evolução na ordem jurídica brasileira no que se refere ao conceito de família. Esta não se constitui mais somente de pais e filhos unidos por um casamento. Não possui mais como finalidade primordial elementos econômicos ou religiosos. Hoje são vários os núcleos familiares que se apresentam na sociedade, de forma que é difícil encontrar uma definição de família que englobe todos os arranjos existentes no contexto social. O que se pode afirmar é que o referencial que permite identificar uma entidade familiar, independentemente de sua conformação, é o elo da afetividade.

Nesse sentido, a família contemporânea, denominada família socioafetiva, é um grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade entre seus integrantes, independentemente da existência de vínculos jurídicos ou biológicos.

#### **4- Formas de Família na Atualidade**

Como já mencionado no presente trabalho, ao longo do século XX, a família sofreu consideráveis mudanças de função, natureza, composição, e, conseqüentemente, de concepção.

Lôbo (2008, p. 56) explica que anteriormente à Constituição Federal de 1988 já se previa a existência de outros tipos de entidades familiares sob a perspectiva da

sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, não se resumindo estes apenas às uniões constituídas pelo casamento.

No campo jurídico, as transformações sociais e culturais que ocorreram na sociedade foram apreendidas pela Constituição Federal de 1988 que promoveu substanciais inovações no Direito de Família, especialmente no que se refere à amplitude do conceito de entidade familiar, de tal modo que no seu bojo foram abrigadas não somente a família decorrente do casamento, sociedade conjugal legalmente formada pelo homem e pela mulher, mas também a união estável e a chamada família monoparental.

Nesse sentido, com o reconhecimento da pluralidade familiar pelo Texto Constitucional de 1988, passou-se a identificar a família não mais pelo casamento, mas pela existência de elementos essenciais em sua constituição, dentre os quais destaca-se o afeto. Segundo Lôbo (2006, p. 9):

Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.

Antes da Constituição Federal de 1988, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Contudo, como bem afirma Dias (2009, p. 66-67), desde a Constituição Federal as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nesse sentido, comenta que:

Mesmo não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais – agora chamadas de uniões homoafetivas – e as uniões estáveis paralelas – preconceituosamente nominadas de “concubinato adúltero”, são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias.

Para a referida Autora (2009, p. 67), afastar do âmbito jurídico entidades familiares que se constituem a partir da afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente apoiar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça.

O modelo de família baseado na estrutura patrimonial e biológica praticamente desapareceu. A família atual se ajustou às novas circunstâncias, assumindo um papel mais direcionado para a qualidade das relações entre as pessoas e no desejo de cada uma, sendo o afeto o seu sustentáculo. Ela não é mais um organismo engessado pelas convenções sociais, mas local de promoção da felicidade e da dignidade de seus envolvidos. Desse modo, a família não possui mais um conceito/formato único, singular; hoje há a formação de outros tipos de entidades familiares que demandam reconhecimento e proteção legal, como as famílias anaparentais, as homoafetivas e as paralelas, conhecidas por relações concubinárias.

#### **4.1- Casamento**

Durante muito tempo a família legitimamente protegida somente poderia ser constituída por meio da instituição do casamento. Dias (2009, p. 44) explica que a Igreja e o Estado, no século passado, sob a justificativa de manter a ordem social, acabaram por intervir na vida das pessoas regulando as relações afetivas. Foram assumidas posturas conservadoras com a finalidade de preservar o estrito padrão de moralidade.

Previsto no § 1º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, o casamento, sob a influência da Igreja Católica, solidificou-se como base do sistema monogâmico adotado pelos países ocidentais como o Brasil e foi por muito tempo considerado a única forma de constituição de família. Nas palavras de Rodrigues (2004, p. 19), o casamento é “o contrato de Direito de Família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Informa Gonçalves (2009, p. 12) que o Código Civil de 1916 estabelecia que o primeiro e principal efeito do casamento era a criação da família legítima. A família que se constituía fora do casamento era considerada ilegítima e só era mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato.

No Direito brasileiro, a partir da metade do século XX, gradativamente o legislador foi ultrapassando barreiras e restrições, afastando a idéia da ilegitimidade

das relações constituídas fora do casamento, culminando com a Constituição Federal de 1988 que consagra a proteção à família, independente do vínculo matrimonial.

Segundo Venosa (2006, p. 24), “se por um lado, o casamento ainda guarda posição de proeminência sociológica e jurídica em nosso meio, não é menos verdadeiro que a entidade familiar sem casamento goza do beneplácito da sociedade e de proteção constitucional”.

Destaca Lôbo (2008, p. 76) que mesmo após a Constituição Federal de 1988, o casamento continua a ser a mais importante das entidades familiares, tendo em vista a longa tradição de sua exclusividade. Esclarece que mesmo tendo perdido o caráter de exclusividade da tutela jurídica permanece sendo o modelo mais adotado nas relações familiares após o advento da promulgação da Carta de 1988.

Durante muito tempo o vínculo do casamento foi considerado indissolúvel no ordenamento brasileiro, ocorrendo mudanças com a Lei do Divórcio (6.515/77) que passou a consagrar a possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial.

#### **4.2- União Estável**

O sistema jurídico nacional, com o objetivo de proteger a família matrimonializada, durante longo período adotou posicionamento no sentido de desconhecer as uniões de fato, e por isso deixava de amparar aqueles que, apesar do preconceito que sofriam, mantinham relações sem o vínculo do casamento.

O legislador do Código Civil de 1916 negou-se em regular as relações extramatrimoniais, ao contrário, dedicou-se a estabelecer punições a quem vivesse tais relacionamentos, vedando, por exemplo, doações, instituição de seguro à concubina, instituição de testamento à concubina, entre outros.

A união estável está prevista no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que assim prescreve:

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

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

Com a adoção da pluralidade familiar pelo Texto Constitucional vigente, a união estável foi reconhecida como entidade familiar, contudo, foi difícil a trajetória das uniões livres para usufruírem de proteção legal. Mesmo após a Lei Maior, a jurisprudência, na dissolução da referida união, considerava-a como sociedade de fato e não entidade familiar, reconhecendo tão-somente direitos obrigacionais, afastando-a, portanto, do Direito de Família.

Nos dizeres de Lôbo (2008, p. 148):

A união estável, inserida na Constituição de 1988, é o epílogo de lenta e tormentosa trajetória de discriminação e desconsideração legal, com as situações existenciais enquadradas sob o conceito depreciativo de concubinato, definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacramentalidade do casamento. A influência da Igreja Católica [...] impediu as tentativas de projetos de lei em se atribuir alguns efeitos jurídicos ao concubinato máxime em razão do impedimento legal ao divórcio, que apenas em 1977 ingressou na ordem jurídica brasileira.

Conforme Gonçalves (2009, p. 551), após a Constituição de 1988 surgiram duas Leis (8.971/94 e 9.278/96) na tentativa de definir melhor os direitos e efeitos legais da união estável, antes chamada de concubinato. A Lei nº. 8.971/94 definiu como "companheiros" (e não mais concubinos) o homem e a mulher que mantinham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole. Disciplinou também direitos sucessórios e alimentares aos membros. A Lei nº. 9.278/96 alterou a expressão "companheiros" para "conviventes" e reconheceu a referida união como "entidade familiar configurada na convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família", omitindo os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e existência de prole mencionados na lei anterior. Entre outras mudanças, eliminou o impedimento para casar do conceito, regulamentou a partilha e estabeleceu a competência das varas de família para tratar do assunto.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, informa Lôbo (2008, p. 150), houve a sistematização de toda a matéria relativa à união estável, revogando-se as anteriores. Dispõe o artigo 1.723 do Normativo Civil: "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência

pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

#### **4.3- Família Monoparental**

Além da união estável, a família monoparental também recebeu a proteção expressa do Estado. O Texto Constitucional vigente, a partir do momento que estendeu sua proteção a outros arranjos afetivos diversos do casamento, direcionou sua tutela individualizada a cada membro da relação, sob o amparo do princípio da dignidade humana, e elegeu como entidade familiar um fato social muito comum na sociedade brasileira, a família monoparental.

Esta por sua vez se caracteriza como a convivência afetiva entre um dos pais e seus filhos menores. Essa titularidade pode ser em decorrência de ato de vontade como é o caso da mãe solteira, ou em razão de morte de um dos pais, separação, divórcio, adoção ou de inseminação artificial. Está prevista também na Constituição Federal atual, no artigo 226, § 4º, que determina:

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

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

Garbin, citado por Dias (2009, p. 197-198), esclarece que durante muito tempo a sociedade associou a monoparentalidade ao fracasso pessoal e quem optava por essa forma de viver era marginalizado. O seu reconhecimento é uma quebra de paradigma dentro de uma sociedade moldada pelo modelo dominante da bipolaridade, na qual a família aceita era aquela constituída de uma mulher junto a um marido. As mudanças que ocorreram para o sexo feminino trouxeram uma maior liberdade para as mulheres, bem como a independência em inúmeros fatores da sua vida, inclusive, com relação à formação familiar junto ao sexo oposto. Hoje, há mulheres que já conquistaram independência financeira, prestígio profissional e que não querem constituir família bipolarizada, mas desejam ser mãe e com isso buscam a produção independente.

A tutela da família monoparental faz sentido, pois há dados expressivos destas entidades na realidade brasileira atual.

#### **4.4- Família Anaparental**

A família anaparental é aquela decorrente da convivência entre parentes ou entre pessoas não parentes, que tenham um propósito de constituir família. Ou seja, a convivência de duas irmãs, durante longos anos sob o mesmo teto, em que se tem uma conjugação de esforços para a formação do patrimônio constitui uma entidade familiar. Como bem afirma Dias (2009, p. 48): “Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualmente entre todos os irmãos como herdeiros colaterais, em nome da vocação hereditária”.

Lôbo (2008, p. 65) cita como exemplo de reconhecimento de entidade familiar anaparental o Recurso Especial nº. 159.851/98, do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual dispôs que: “Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº. 8.099/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles”. Para o autor, a decisão foi acertada uma vez que a situação se insere totalmente no conceito de família, uma vez dotada dos requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, não havendo, no caso, “sociedade de fato”, mercantil ou civil.

#### **4.4- União Homoafetiva**

As uniões homoafetivas são exemplos de como os fatos sociais antecedem o direito. Dias (2009, p. 186) explica que a homossexualidade sempre existiu na história da humanidade. Em algumas épocas históricas foi amplamente exaltada e em outras, rigorosamente reprimida.

O que liga um casal homoafetivo é o vínculo de afeto presente no casamento e na união estável, entretanto, estas entidades familiares sofrem resistências para serem aceitas na sociedade. Cabe registrar que a união estável também passou por um processo de preconceito e marginalidade até o seu reconhecimento constitucional, da mesma forma que hoje se encontra a união homoafetiva.

Compreende-se união homoafetiva como aquela em que duas pessoas do mesmo sexo se unem por laços de afetividade com o objetivo de constituir família. São cada vez mais habituais decisões judiciais que conferem efeitos jurídicos a essas relações. Consoante Dias (2009, p. 47):

Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões.

No campo legal, tramitam no Congresso Nacional há mais de dez anos projetos que visam proteger as uniões homoafetivas, como a Proposta de Emenda Constitucional nº. 139/1995, que procura inserir entre os objetivos fundamentais do Estado o de promover o bem de todos sem preconceito de orientação sexual, e o Projeto de Lei nº. 1.151/1995, que regulamenta a união civil de pessoas do mesmo sexo.

Lôbo (2008, p. 68) ressalta que a falta de lei que regule essas uniões não é impedimento para sua existência, uma vez que as normas do art. 226 da Constituição Federal de 1988 são auto-aplicáveis, independentemente de normatização. Nesse sentido, esclarece que as uniões homossexuais, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família, serão entidades familiares.

Na seara jurisprudencial, a tendência é de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. Dias (2009, p. 193) comenta que num passado recente, a justiça, quando reconhecia a existência de uniões homossexuais, conferia-lhes apenas efeitos de ordem patrimonial, denominando-as sociedades de fato. A partir de 1999, houve mudança de orientação da jurisprudência no sentido de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e garantir direitos como herança, auxílio-morte, auxílio reclusão, adoção, entre outros.

#### **4.5- Concubinato**

Com o reconhecimento constitucional das uniões livres sem impedimentos para o casamento como entidade familiar, as quais passaram a ser denominadas

uniões estáveis, restou o concubinato adulterino, conhecido hoje simplesmente como concubinato.

Dispõe o atual Código Civil no art. 1727 que: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

O fenômeno do concubinato, compreendido no presente trabalho também como “família paralela”, tem sido objeto de demanda de soluções eqüitativas do Judiciário e do Legislativo, uma vez que são uniões desprovidas de efeitos positivos na esfera jurídica, não obstante se apresentarem como relações afetivas.

O referido instituto é tema do presente estudo e será tratado de forma detalhada no capítulo três desta monografia.

## II- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ENTIDADE FAMILIAR

### 1- Princípios Aplicáveis

Antes de aprofundar o estudo acerca dos princípios, expressos ou implícitos na Carta Constitucional vigente, que se aplicam à entidade familiar, necessário se faz mencionar algumas ideias gerais sobre os princípios.

Desde a Constituição de 1988 os princípios vêm adquirindo importância jamais tida antes, não se aplicando mais como fonte secundária do direito, mas como base do Estado Democrático de Direito, junto à Constituição Federal. Nesse sentido, Lôbo (2008, p. 34) esclarece que:

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava.

Dias (2009, p. 57), ao citar Robert Alexy, explica que “os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização”. Por meio dessa generalidade, os princípios inauguram valores gerais e delimitam todas as regras, as quais não podem confrontar as diretrizes dos princípios. Como diz Mello (1998, p. 230), “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”.

Ademais, as regras se fundamentam nos princípios, e estes, por sua vez, se norteiam essencialmente por valores. Para Espíndola (1998, p. 47-48), a palavra princípio designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por um conceito mestre, de onde todos os demais pensamentos derivam e se subordinam.

No que tange aos princípios constitucionais, segundo assevera Dias (2009, p. 59), estes dispõem de primazia diante da lei, sendo a primeira regra a ser invocada em qualquer processo hermenêutico. Ou seja, os princípios vêm em primeiro lugar e, muitas vezes, ao serem ponderados com a lei, podem prevalecer.

Para Lôbo (2008, p. 35), em virtude das transformações ocorridas e que estão a ocorrer no Direito de Família, alguns princípios emergem do sistema jurídico brasileiro e poderiam desfrutar de autonomia. Ele ensina que os princípios

norteadores das relações familiares podem ser classificados em dois grupos: fundamentais e gerais. O princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade seriam os fundamentais. Já os princípios gerais são subdivididos em: princípio da igualdade, princípio da liberdade, princípio da afetividade, princípio da convivência familiar e princípio do melhor interesse da criança.

Dias (2009, p. 66) trata ainda como princípio o pluralismo familiar, razão pela qual será focado neste tópico. A questão da monogamia será também enfrentada neste item, ainda que haja divergências no campo doutrinário e jurisprudencial acerca de sua classificação como princípio.

### **1.1- Princípio da Dignidade Humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana é norteador do Direito de Família, é núcleo essencialmente comum a todas as pessoas. Lôbo (2008, p. 37), para ilustrar que a dignidade é tudo aquilo que não tem um preço, que é inestimável, indisponível, que não pode ser objeto de troca, cita conhecida lição de Immanuel Kant:

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

A Constituição Federal impõe o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

Fontanella (2006, p. 42) discorre que "a dignidade da pessoa humana constitui-se, ainda, em limite e prestação do Estado". Isso significa que tal atributo não pode ser perdido nem alienado e, tão pouco, desrespeitada a sua proteção:

O princípio da dignidade da pessoa humana foi acolhido pela primeira vez como princípio em uma Constituição brasileira em 1988 e "implica considerar o homem como o centro do universo jurídico". Figura como princípio básico de convivência dos seres humanos em uma sociedade politicamente organizada.

A conceituação da dignidade da pessoa humana abrange os diversos valores existentes na sociedade. Assim, não se trata de um conceito estanque, imutável, visto que deve estar em constante evolução e acompanhando as atuais necessidades do ser humano. Sarlet (2002, p. 60), ao conceituar a dignidade da pessoa humana, estabelece que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana, portanto, não tem apenas a finalidade de estabelecer direitos e deveres que garantam uma vida saudável e justa. Mais do que isso, tem o dever de proporcionar situações em que o ser humano se desenvolva em um ambiente capaz de promover sua integração e sua evolução com dignidade. No entendimento de Dias (2009, p. 61), a dignidade da pessoa humana é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito. Para ela, este princípio é o mais universal de todos os princípios, do qual se irradiam todos os demais.

Verifica-se, assim, que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se num patamar superior aos demais, como fundamento maior da justiça, podendo ser preferencial à lei infraconstitucional. Ademais, há entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionado ao princípio da igualdade, pois visa propiciar garantia contra discriminações e evitar privilégios.

Ferraz Júnior (1989, p. 31-32) aduz que pelo princípio da igualdade:

[...] o que se entende é que a lei (num sentido amplo que abarca todas as fontes formais) não poderá fazer qualquer diferença entre pessoas, entendida pessoa como conjunto de todos os papéis possíveis que se integram numa unidade de ação e de comunicação;

admitem-se, pois, distinções quanto a papéis isolados (o papel de mãe não será igual ao do pai nas suas qualidades específicas, ou a ocupação de um cargo público pode ser diferenciada em relação a outro); admitem-se também igualações entre desiguais, em termos de diferenciação e proteção (protege-se o economicamente mais fraco, o deficiente físico, as minorias), ou ainda manutenção de desigualdades (há proteções que cabem às crianças e que as diferenciam e mantêm diferentes). Mas proscrevem-se distinções que afetem a pessoa como feixe integral e comunicante de papéis – personalidade em termos de dignidade da pessoa.

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana relaciona-se intimamente com os direitos fundamentais, uma vez que, de acordo com Sarlet (2002, p. 89):

[...] verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os Direitos Fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os Direitos Fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os Direitos Fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo, ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

A família tem um importante papel para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal, em seu artigo 226, estabelece que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Nesse sentido, a família deve valorizar a pessoa e servir como instrumento de desenvolvimento pessoal. Dias (2009, p. 62) comenta que no momento em que a ordem constitucional elegeu a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve um direcionamento para a valorização da pessoa, encaminhando todos os institutos para a proteção da pessoa humana.

Pereira (2006, p. 72) explica “que o princípio da dignidade da pessoa humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família”.

Sarmiento (2000, p. 71) chama a atenção para o fato de que “o princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas

constitui um norte para a sua ação positiva". Nesse sentido, o Autor ressalta que o Estado não tem somente que deixar de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover ações ativas que garantam essa dignidade, de modo a garantir o mínimo existencial para cada indivíduo.

O princípio de proteção da dignidade da pessoa humana se reveste de importância máxima no Direito de Família atual, sendo aplicado para resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares. "O princípio da dignidade humana é o ponto de partida do novo Direito de Família brasileiro". (Pereira, *on line*)

## 1.2- Princípio da Solidariedade

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nas relações de família, aplica-se esse princípio no sentido de que a solidariedade deve existir nos relacionamentos pessoais:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Segundo Lôbo (2008, p. 41-42), o princípio da solidariedade expresso no Texto Constitucional, no que se refere à família, é revelado de forma contundente no dever imposto à sociedade, ao estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230).

O referido Autor (2008, p. 41) comenta, ainda, que o Código Civil atual contempla em vários de seus artigos normas impregnadas pelo princípio da solidariedade familiar:

O art. 1.513 tutela "a comunhão de vida instituída pela família", somente possível na cooperação entre seus membros; a adoção (art. 1.618) brota não do dever, mas do sentimento de solidariedade; o poder familiar (art. 1.630) é menos "poder" dos pais e mais múnus ou serviço que deve ser exercido no interesse dos filhos; a colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567) e a mútua assistência

moral e material entre eles (art. 1.560) e entre os companheiros (art. 1.724) são deveres hauridos na solidariedade; [...] o dever de prestar alimentos a parentes, cônjuge ou companheiro (art. 1.694) [...]

A família atual não é mais compreendida de forma vertical, em que um dos membros detém poder sobre os outros, mas como local em que seus indivíduos se relacionam igualmente. Guazelli Estrougo, citada por Dias (2009, p. 65), esclarece que: “A relação de igualdade nas relações familiares deve ser pautada não pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros, caracterizada da mesma forma pelo afeto e amor”.

Segundo Dias (2009, p. 66), “solidariedade é o que cada um deve ao outro”. Explica a Autora que o princípio da solidariedade “tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético [...] que compreende a fraternidade e a reciprocidade”. Mas a solidariedade familiar vai além, no sentido de que seus membros são responsáveis uns pelos outros tanto na esfera afetiva como no campo material. Nesse sentido, manifesta-se Lôbo (2008, p. 41): “A solidariedade do núcleo familiar deve ser compreendida como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material”.

### 1.3- Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade está disposto no *caput* e no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e reafirmado no capítulo destinado à família (art. 226, § 5º e art. 227, § 6º):

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 [...].

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Art. 226. [...]

§ 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Art. 227. [...]

§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por

adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Este princípio tem como desígnio a garantia do amparo a todo cidadão diante de qualquer discriminação e privilégios. Qualquer distinção que não seja instituída pela Constituição Federal é inconcebível e leva à inconstitucionalidade da norma transgressora. Assim, nenhuma diferenciação pode ser feita pelo legislador seja para concessão de direitos seja para atribuição de deveres que não estejam previstos no Texto Maior.

Segundo Lôbo (2008, p. 42), nenhum princípio da atual Constituição provocou tão significativa mudança no Direito de Família como o da igualdade, que eliminou as diferenças entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares. As bases jurídicas que reconheciam como legítima somente a família instituída pelo casamento e os filhos que dela decorriam se extinguíram com a Carta Política de 1988; a partir dela, não há que se falar em família ou filhos legítimos, posto que igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos.

Dias (2009, p. 64) destaca que é necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Oliveira Lima, citado por Dias (2009, p. 64), complementa que: "É imprescindível que a lei trate a todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer a igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal".

Nessa linha, a autora enfatiza que o Código Civil vigente atende à ordem constitucional ao consagrar o princípio da igualdade no âmbito do Direito das Famílias. Depreende-se esse entendimento dos artigos 1.511, 1.565, §1º, e 1.631 do Código Civil, dentre outros:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º. Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Lôbo (2008, p. 43) ressalta que o princípio da igualdade dirige-se tanto à esfera do executivo, quanto do legislativo e do judiciário, assim como à sociedade:

O princípio da igualdade dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem; à administração pública, para que implemente políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros; à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano.

#### **1.4- Princípio da Liberdade**

Em relação ao princípio da liberdade, entende-se como sendo aquele que garante a livre autonomia e faculdade de escolha na constituição e extinção da entidade familiar. Nos dizeres de Lôbo (2008, p. 47): "O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas a sua permanente constituição e reinvenção".

Dias (2009, p. 63) corrobora esse entendimento ao afirmar que todos têm liberdade de escolher seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. Nessa linha de pensamento, é assegurado pelo Texto Constitucional o direito de constituir uma entidade familiar, ou extinguir, assim como recompor novas estruturas de convívio.

Cumprido realçar que o princípio da liberdade está instituído pelo artigo 227 da Constituição de 1988 e também é encontrado em diversos artigos do atual Diploma Civil, como por exemplo: no art. 1513, que proíbe a interferência de pessoa jurídica de direito público ou privado na comunhão de vida familiar; no art. 1565, § 2º, que garante a livre decisão do casal no planejamento familiar; no art. 1.614, quando permite ao filho maior exercer a liberdade de recusar o reconhecimento voluntário da paternidade feito por seu pai biológico, preferindo que no seu registro de nascimento conste apenas o nome da mãe.

Pelo princípio da liberdade, o indivíduo tem liberdade para escolher o arranjo familiar que melhor atenda a sua realização pessoal, já que sua dignidade é o valor

principal e não a instituição escolhida em si, essa é apenas um meio para sua realização.

### **1.5- Princípio da Afetividade**

Além dos princípios já considerados, encontra-se no rol daqueles aplicados ao Direito de Família o princípio da afetividade que, nas palavras de Lôbo (2008, p. 47), “é aquele que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida”.

O princípio da afetividade, no entanto, não está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico, mas a Constituição Federal vigente, ao reconhecer outras formas de família, estabeleceu como elemento identificador da família a afetividade. Consoante Dias (2009, p. 70-71), citando Muniz e Oliveira:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família [...] A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

Segundo Lôbo (2008, p. 48), “o princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre seus membros”.

Oliveira (2002, p. 233) elucida com as seguintes palavras:

[...] a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social – é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual.

Conforme construção jurídica de Lôbo, citado por Dias (2009, p. 70), encontram-se na Constituição Federal vigente quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, identificadores dessa grande evolução social da família ocorrida no século XX:

A igualdade entre todos os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º, CF); a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º, CF); a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º, CF); o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF).

Dessa maneira, constata-se que o amor passa a ser um valor jurídico que coloca a afetividade como essencial à entidade familiar. De acordo com Fontanella (2006, p. 57), pode-se afirmar que "o papel da família atualmente é, sobretudo, o de apoio afetivo e emocional do indivíduo". Assim, entende-se que a família pode ser constituída por indivíduos ligados pelo vínculo do afeto, independente de existir casamento ou laços de sangue.

Lôbo (2008, p. 52) aduz ainda que essa concepção transformadora de família na sociedade laica, tendo a afetividade como primeiro impulso, é diferente daquela instituição natural, imposta pelo direito divino, que era imutável e indissolúvel. Nas suas palavras: "A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares".

A infinidade de arranjos familiares existentes na sociedade contemporânea pode ser explicada pelo princípio da afetividade, uma vez que o elemento estruturante da família atual é o afeto.

### **1.6- Princípio da Convivência Familiar**

O princípio da convivência familiar, atribuído na classificação de Lôbo (2008, p. 52), versa acerca da relação afetiva duradoura entre as pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não.

De acordo com esse princípio, a casa é o lugar protegido onde se estabelece a convivência duradoura que origina uma identidade própria, singular. Nos dizeres de Lôbo (2008, p.53), a convivência familiar também perpassa o exercício do poder familiar. Ainda que os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um. Segundo ele, o direito à convivência familiar não se esgota na chamada família nuclear, composta apenas pelos pais e filhos:

Na maioria das comunidades brasileiras, entende-se como natural a convivência com os avós e, em muitos locais, com os tios, todos integrando um grande ambiente familiar solidário. Conseqüentemente, tem igualmente fundamento no princípio da convivência familiar as decisões judiciais que asseguram aos avós o direito de visita a seus netos.

### **1.7- Princípio do Melhor Interesse da Criança**

Outro princípio mencionado por Lôbo (2008, p. 53) a ser analisado nesse tópico, o princípio do melhor interesse da criança, incide sobre a ideia de que o interesse da criança e do adolescente devem ser tratados com prioridade pelo Estado, pela sociedade e pela família.

Esse princípio encontra fundamento na própria Constituição, no artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dias (2009, p. 67) estabelece que com a consagração dos direitos de crianças e adolescentes como direitos fundamentais, por meio da doutrina da proteção integral, a Carta Constitucional atual vedou referências discriminatórias entre os filhos, portanto, não cabe mais falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos; filho é simplesmente filho.

Assim, deve-se considerar, primordialmente, o interesse da criança e a proteção ao menor. Para Lôbo (2008, p. 55), este princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.

### **1.8- Princípio do Pluralismo Familiar**

Dias (2009, p. 66-67) considera como princípio o pluralismo das entidades familiares; já Lôbo (2008, p. 56-66) destaca todo um capítulo à parte para o tema. Independentemente de ser considerado princípio ou não, atualmente, não há como

desconsiderar as diversas tramas familiares advindas das transformações ocorridas no campo do Direito de Família.

O que se discute na doutrina é se o rol trazido pela Carta Constitucional atual é taxativo ou comporta a inclusão de novos arranjos familiares não mencionados no Texto Maior. Para determinados doutrinadores, como Dias, Lôbo, Pereira, as formas elencadas no Texto Maior não são exaustivas, mas exemplificativas, podendo dessa forma incluir outras configurações familiares baseadas no afeto.

Conforme Pereira (2004, p. 6), o disposto no art. 226 da Constituição de 1988 permite entender que o Direito resguarda todas as formas de família, não apenas as advindas do casamento, da união estável e as famílias monoparentais: "A exegese conforme a Constituição induz o intérprete a deduzir que o art. 226 não é *numerus clausus*, ou seja, que o Direito protege todas as formas de família, não apenas o casamento, a união estável e as famílias monoparentais".

Acerca da inclusão de outras formas de família na proteção do Estado, Lôbo (2008, p. 61) assim se manifesta:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.

Para reforçar seu posicionamento, Lôbo (2008, p. 63) cita o "princípio da máxima efetividade" ou "princípio da interpretação efetiva", defendido por Canotilho, que determina "que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê", ou seja, nos dizeres do Autor:

Se dois forem os sentidos que possam ser extraídos dos preceitos do art. 226 da Constituição brasileira, deve ser preferido o que lhes atribui o alcance de inclusão de todas as entidades familiares, pois confere maior eficácia aos princípios de "especial proteção do Estado" (*caput*) e de realização da dignidade pessoal "de cada um dos que a integram" (§ 8º).

Na mesma linha de entendimento, manifesta-se Dias (2009, p. 43):

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.

Ruzik (2005, p. 163), explica que a nova ordem constitucional, apreendida pela Constituição de 1988, ao consagrar a proteção da família na pessoa de cada um de seus membros, rompeu com o modelo fechado, abarcando a idéia plural que sempre esteve presente na sociedade, ainda que estigmatizada e marginalizada. Complementa, ainda, que “a família na Constituição de 1988 não tem por fonte primária e exclusiva um ato formal, solene, encoberto pelo manto exclusivo da legitimidade jurídica, mas, sim, nasce e se mantém nos acordos do [...] afeto”.

Assim, a elevação do reconhecimento de uniões fáticas firmadas em relações de afeto à categoria de direito fundamental constitucionalmente consagrado constitui talvez a maior inovação ocorrida no Direito de Família nos últimos tempos, o que demanda a proteção jurídica.

### 1.9- “Princípio” da Monogamia

O termo monogamia origina-se do grego *mono*: **único, sozinho, um só**, e designa o estado conjugal em que um homem tem uma só esposa, ou uma mulher, um só homem.

Conforme Engels, em seu pioneiro estudo “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”, a família monogâmica foi necessária ao processo de acumulação privada de bens. Através da união monogâmica, a função paterna passou a determinar a organização familiar e a continuidade da propriedade privada na mesma linhagem. Assim, de acordo com a explicação materialista, o surgimento do casamento monogâmico não foi fruto do amor ou de um sentimento natural, mas sim de uma construção social que surgiu a partir da necessidade de estabelecer a certeza da paternidade com a finalidade de concentrar a propriedade e a riqueza nas mãos do homem. Esta concentração só seria bem sucedida se houvesse o controle da sexualidade feminina. (Mendéz, *on line*)

É na evolução da história da Igreja que se constata que o casamento do tipo monogâmico vai deixando de ser um ideal para os cristãos para ser a norma estatal,

até chegar ao ponto em que ele é o único aceitável dentro da comunidade e se torna obrigatório. "Com a instalação da monogamia, estabelece-se a família patriarcal, na qual a mulher submete-se ao homem e dele depende, sendo que esta resignação feminina representa o esteio do casamento monogâmico". (Pereira, *on line*)

Observa-se que os indivíduos, quando se relacionam afetivamente com alguém, esperam exclusividade. Albuquerque Filho, citado por Ruzik (2005, p. 186), pondera que o amor, por vezes, não se adapta às convenções:

[...] verificamos que Freud colocou como nossa estrutura de base o desejo. Não adianta aprisionar o ser humano, homem ou mulher, estabelecer este ou aquele relacionamento, exclusivo ou simultâneo; o amor, o afeto, às vezes, não se manifesta com exclusividade. Aqueles sentimentos não se submetem a amarras.

As escolhas afetivas e formas de compartilhar o afeto são temas de índole particular, dos mais íntimos, que nem sempre ocorrem conforme as regras estabelecidas na sociedade. Aprisioná-las num sistema único de relacionamento é tarefa impossível, seja pelo direito ou por qualquer outra ciência, uma vez que a realidade se mostra diversa de modelos impostos.

As transformações ocorridas durante o século XX, como já mencionado no presente trabalho, alteraram as bases das relações familiares, uma vez que a mulher, antes dependente e submissa ao poder do homem, conquista a independência financeira e sexual. Esta ascensão da mulher trouxe mudanças na relação conjugal, uma série de novas atribuições e modificações no papel do casal. Nos dias atuais, é possível que uma mulher possa viver sem a presença de um marido, ou sem o amparo financeiro de uma família, o que veio situar as relações afetivas num contexto basicamente afetivo/sentimental, sendo que a exclusividade sexual passa a ser uma escolha e não uma imposição política ou religiosa.

O fenômeno da simultaneidade familiar, definido no art. 1.727 do Código Civil de 2002, como concubinato, é fato social que contraria o sistema monogâmico de família adotado no Brasil porque faz surgir duas famílias ao mesmo tempo, uma delas paralela a um casamento ou a uma união estável. Doutrina e jurisprudência têm-se dividido acerca da possibilidade de se reconhecer como entidade familiar essa relação paralela, uma vez que se estaria quebrando um princípio basilar que estrutura o ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da monogamia. Por outro

lado, não reconhecer que na relação concubinária existe uma família, constituída pelo afeto, estar-se-ia fazendo injustiça e inclusive beneficiando os sujeitos da relação protegida oficialmente, seja do casamento ou da união estável.

Não há dúvida de que o concubinato (adulterino) fere o princípio da monogamia, bem como a lógica do ordenamento jurídico ocidental e em particular o brasileiro. Mas, se o fato de ferir este princípio significar fazer injustiça, devemos recorrer a um valor maior que é o da prevalência da ética sobre a moral para que possamos aproximar do ideal de justiça. Ademais, se considerarmos a interferência da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos, concluiremos que o imperativo ético passa a ser a consideração do sujeito na relação e não mais o objeto da relação. Isto significa colocar em prática o que disse antes, ou seja, que o Direito deve proteger a essência e não a forma, ainda que isto custe "arranhar" o princípio jurídico da monogamia. (Pereira, *on line*)

A partir da apreensão pela Constituição Federal de 1988 de novos arranjos familiares formados a partir da afetividade e que possuem como objetivo a realização da personalidade dos seus membros, percebe-se que o foco da proteção estatal deslocou-se da "instituição" família para a valorização de cada membro que a compõe, passando a eleger o afeto como um valor jurídico de extrema importância para o Direito de Família.

## **2- Elementos Caracterizadores da Família**

Antes da Constituição de 1988, o único modelo de família reconhecido pelo ordenamento jurídico era o decorrente dos laços do casamento. Não se cogitava, nesse momento, como elemento estruturante da família a existência da afetividade.

Com a inclusão pelo Texto Constitucional vigente de novos arranjos familiares que não se estabelecem pelo casamento, reconheceu a Carta Política que a base ideológica de sustentação da família mudou. Na atualidade, pode-se considerar como fator determinante para o reconhecimento dos núcleos familiares, independente de formalismos, a presença do vínculo afetivo, somado à durabilidade e a publicidade da relação perante a sociedade.

Esses elementos, chamados por Lôbo (2008, p. 57) de características, são essenciais, e segundo sua classificação subdividem-se em: afetividade, estabilidade e convivência pública. Defende o Autor que não é admissível excluir qualquer

entidade que preencha os requisitos citados. Ou seja, toma-se como entidade familiar aquele núcleo de coexistência estável, pública e constituída pelo afeto.

Carbonera, citada por Madaleno (2004, p. 19), explica que a formação da família já se dava à margem da esfera jurídica e a preocupação com seus membros se sobrepunha àquela imposta pelo Estado para adequação ao modelo legal. Nesse ínterim, ganhou destaque um elemento que até então estava à sombra: o sentimento, e com ele a noção de afeto, tomada como elemento propulsor da relação que revelava o desejo de as pessoas estarem juntas. Nesse sentido, a constituição da família se inicia pelo amor, pelo afeto e pela união de propósitos e de fins comuns.

Ensina Lôbo (2008, p. 58) que “a afetividade é o fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do fator econômico, e escopo indiscutível de constituição de família”. No que tange à estabilidade, aduz que se trata da exclusão dos relacionamentos casuais, sem comunhão de vida. Quanto à convivência pública, pressupõe uma unidade familiar que se apresenta assim publicamente.

Por convivência pública, segundo Madaleno (2004, p. 66), deve-se entender aquela união em que os conviventes se apresentam perante a sociedade como se casados fossem. Para ele, a publicidade é condição indispensável para a configuração da entidade familiar. Anota, ainda, que a convivência deve ser duradoura e contínua e fundada com o objetivo de constituir família, o que dessa forma se diferencia das relações de mero namoro, ainda que possa ser dispensada a coabitação.

Segundo Dias (2009, p. 164), apesar de a lei ter usado o vocábulo “público” para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos de sua significância; o que a lei exige é a “notoriedade” (tudo que é público é notório, mas nem sempre tudo que é notório é público): “A publicidade denota a notoriedade da relação no meio social frequentado pelos companheiros, objetivando afastar da definição de entidade familiar as relações menos compromissadas [...]”.

O elemento da estabilidade, para Venosa (2006, p. 42-43), consiste na ideia de que não é qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui a união protegida. Na explicação de Madaleno (2004, p. 67), a continuidade confere à união a necessária estabilidade do relacionamento, que assim não fica justamente maculado pela instabilidade das frequentes rupturas e interrupções da convivência.

Portanto, têm-se como requisitos essenciais para configurar a entidade familiar na atualidade: a afetividade, considerada o requisito principal, que desloca o foco central da família do objetivo procriativo e de geração de efeitos patrimoniais para o afeto, com especial ênfase e consideração dos integrantes da entidade familiar; a estabilidade, no sentido de que não é toda e qualquer união afetiva digna de reconhecimento como entidade familiar, mas aquela duradoura cuja afetividade perdura no tempo, e a ostensividade, que requer que a entidade familiar detenha notoriedade; que não se dê de forma clandestina.

### III- CONCUBINATO

#### 1- Evolução Histórica

Após apresentadas noções básicas em torno da família, busca-se nesse capítulo abordar a compreensão do instituto do concubinato e, para tanto, é importante iniciar esse estudo explanando acerca da sua evolução histórica.

O fenômeno do concubinato não é recente. Esteve presente em toda a evolução da própria sociedade, desde os povos antigos até os presentes dias. Segundo Pereira (2004, p. 13) a união livre entre homem e mulher sempre existiu e sempre existirá. Para ele, união livre é aquela que não se prende às formalidades exigidas pelo Estado e, por conseguinte, complementa:

Estas uniões, registra a História, às vezes acontecem também como relações paralelas às relações oficiais. Muitas vezes a história do concubinato é contada como história de libertinagem, ligando-se o nome concubina à prostituta, à mulher devassa ou à que se deita com vários homens, ou mesmo a amante, a outra.

A poligamia, presente nos povos antigos, caracterizada por ser uma relação de uma pessoa com várias outras, pode ser apontada como primeira manifestação do concubinato adúltero. Nas primeiras organizações sociais, formadas por pessoas em busca de proteção e alimento [...] um homem poderia se relacionar com várias mulheres, uma mulher poderia se relacionar com vários homens, sem descartar a provável existência de relacionamentos homossexuais. (Maia, *on line*)

No período das civilizações antigas, embora se inicie uma gradual diminuição na quantidade de parceiros, provocada pelo instinto de perpetuação da linhagem, aliado ao desejo de conservação do patrimônio, também há registros de relacionamentos poligâmicos:

Entre pastores da Caldéia, o amor era livre por imposição de normas ou ritos religiosos [...] Por imposição dos costumes da época, a poligamia disseminou também entre os hebreus [...] O povo persa admitia a poligamia, se do primeiro casamento não houvesse descendentes [...] Os egípcios admitiram o concubinato adúltero por toda a época antiga, nos mesmos moldes da lei muçulmana [...]. (Maia, *on line*)

Segundo Bittencourt, citado por Pereira (2004, p. 14), os gregos eram essencialmente poligâmicos: “entre os gregos, a concubinação não acarretava qualquer desconsideração e era, em certa medida, reconhecida pelas leis”. Da mesma maneira que havia na Grécia, o concubinato se fazia presente na Roma antiga. No início do império, o concubinato era comum e frequente, conforme leciona Chamoun, citado por Pereira (2004, p. 14):

No Baixo Império torna-se o concubinato um casamento inferior, embora lícito. Com os imperadores cristãos começa a receber o reconhecimento jurídico. Distinguem-se eles os filhos nascidos de concubinato (*liberi naturales*), que se podem legitimar *per subsequens matrimonium* dos vulgo *quaesiti* ou *spuriti*, oriundos de uniões sexuais passageiras. Favorece-se, assim, a transformação do concubinato em matrimônio através da legitimação dos filhos.

De acordo com Torres-Londoño (1999, p. 21) a palavra concubinato aparece no ocidente, durante o Império Romano, no tempo de Augusto. Segundo o autor, na época, havia dois tipos de relações ilícitas, nas quais a característica que as diferenciava era a classe da mulher que nelas se envolvessem: o *concubinat*, que designava uma relação marital existida com mulheres de comportamento duvidoso; e *stuprum*, que consistia na relação com moças de família ou viúvas. O *concubinat* era permitido, mas não gerava os vínculos e direitos reconhecidos ao casamento. O termo concubinato, em Roma, tinha uma conotação bastante ampla:

Na Roma Antiga, o *concubinatus* era uma relação estável permitida entre homem e mulher livres e solteiros que, conquanto vivessem como se casados fossem, não detinham, para o direito da época, o *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*. Inicialmente, não tinha qualquer efeito jurídico, embora não fosse proibido ou moralmente reprovável. As relações passageiras e instáveis recebiam o nome de *stuprum* ou *adulterium*. (Gomes, *on line*)

No que diz respeito aos povos bárbaros, tem-se que:

Entre os gauleses, era comum um homem possuir várias mulheres, que desempenhavam importante papel, colaborando ativamente nas atividades do homem [...] Os germanos prestigiavam o casamento, inadmitindo concubinas adúlteras, com exceção dos nobres e chefes guerreiros, que possuíam diversas mulheres [...] Os noruegueses podiam manter concubina adúltera e mulher legítima concomitantemente [...] (Maia, *on line*)

Sobre o concubinato na Idade Média até a Moderna, Pereira da Silva (1991b, p. 13) diz que:

Apesar de combatido pela Igreja, nunca foi evitado, nunca deixou de existir. E se os canonistas o repudiavam de *iure divino*, os juristas sempre o aceitavam de *iure civile*. Quem rastrear a sua persistente sobrevivência, por tantos séculos, verá que em todas as legislações em todos os sistemas jurídicos ocidentais houve tais uniões, produzindo seus efeitos mais ou menos extensos.

À medida que a influência do Cristianismo crescia no Ocidente, as uniões não advindas do casamento foram tornadas ilegais. Sobre essa época, Torres-Londoño (1999, p. 22) esclarece que:

Na época de Constantino, as uniões com pessoas que, antes dele, eram consideradas estrangeiras, geraram uma série de problemas com filhos considerados *liberi naturales* e com suas mães, não contando, nem uns nem outros, com direitos relacionados a seus pais e maridos.

Justiniano eliminou qualquer benefício que pudesse advir a filhos de concubinos, no entanto, Torres-Londoño (1999, p. 22) ilustra que: “Depois de Justiniano, tentou-se corrigir essa situação, passando o *concubinatus* a ser entendido como uma instituição jurídica, criada a partir do mútuo consentimento que gerava obrigações para os pais e direitos às mães e aos filhos”.

Na Idade Moderna, tem-se como referência a abordagem de Bittencourt, citando Pontes de Miranda (1985, p. 23):

A união não-matrimonial só desponta como elemento de negociação jurídica a partir da instituição do casamento civil, no século XVI, e nos séculos posteriores acentuou-se a tendência de legislar-se sobre essa matéria. Anteriormente a essa conquista de institucionalização do matrimônio, as ligações estranhas a este não se apresentavam como problema: existia uma disciplina legal a respeito, tal como no Direito romano, em que o concubinato era considerado casamento inferior, de segundo grau, e como no regime das Ordenações Filipinas, em que a ligação extramatrimonial prolongada gerava direitos em favor da mulher.

A partir da instituição do casamento civil, regulamentado pela primeira vez na Holanda, no século XVI, é que a união entre duas pessoas, na qual pelo menos uma

já é casada, passa a existir também no campo da ciência do direito como relacionamento ilícito:

Dessa forma, a instituição do casamento civil representa um marco histórico na delimitação do concubinato adulterino, que desde então deixou de ser somente um relacionamento com características poligâmicas, ganhando contornos de instituto capaz de produzir efeitos jurídicos. (Bittencourt, citado por Maia, *on line*)

Pereira (2004, p. 15) afirma que na Idade Contemporânea começam a surgir mudanças relativas ao tratamento do concubinato. Ele justifica essa ideia a partir do surgimento de decisões dos tribunais franceses que apreciaram e consideraram as pretensões das concubinas. Essas pretensões eram fundamentadas na tese da existência de sociedade com caráter nitidamente econômico ou na tese de obrigação natural, quando o concubino, rompendo as relações, prometia à concubina certas vantagens. Bittencourt (1985, p. 33) aponta como marco doutrinário na defesa de direitos à concubina o julgado de 18 de dezembro de 1833, do Tribunal de Rennes, França. Diz o seguinte julgado:

Sem nada a reclamar o que se prendesse à vida concubinária, a concubina alegou haver entrado com bens próprios para a formação do acervo do companheiro falecido. Não podendo firmar-se inteiramente na prova por ela apresentada, o Tribunal admitiu os elementos fornecidos como prova supletiva e mandou pagar-lhe a quarta parte dos bens deixados pelo *de cuius*, a título de serviços prestados e a da contribuição dos seus bens no acervo comum.

Decisões judiciais posteriores prendiam-se ao pressuposto da existência de uma relação comercial entre homem e mulher, à margem do concubinato, sob a égide da proibição do enriquecimento sem causa. Segundo Bittencourt (1985, p. 33), a França é a pátria do direito concubinário, donde podemos deduzir a importância histórica e a influência dessa posição francesa especialmente sobre o Direito brasileiro.

Assim como nas civilizações antigas e primitivas, a poligamia marcou presença nas transformações ocorridas no Brasil. Em meados do século XVI, padre Anchieta identificou que a mulher indígena convivia tranquilamente com o fato de que seu homem tomasse outra ou várias mulheres, já que ela também tinha a liberdade de tomar outro como seu. (Maia *on line*)

Gilberto Freyre, em sua obra *Casa Grande e Senzala*, aponta que o comportamento polígamo dos indígenas brasileiros ofereceu substrato para a expansão da tendência dos portugueses de viverem com muitas mulheres, adquirida após séculos de dominação moura na península ibérica. Para Freyre, a poligamia foi elemento preponderante para o povoamento do território nacional, uma vez que, num primeiro momento, o número de europeus era escasso e apenas a hibridização da população possibilitou a abertura do caminho para o adentramento dos colonizadores nos rincões do país. (Freyre, citado por Maia, *on line*)

Ainda em relação ao Brasil Colônia, Torres-Londoño (1999, p. 31) menciona acerca do entendimento exarado pelos jesuítas por meio de suas cartas. Como exemplo, cita padre Nóbrega que escreveu pouco tempo depois de sua chegada ao Brasil a respeito dos portugueses que tinham "suas negras como mancebas":

Passados seis meses, já em 1550, em carta muito conhecida, o padre Nóbrega atribua o amancebamento ao fato de os portugueses casados não estarem acompanhados de suas mulheres e ao fato de os solteiros não terem como quem casar, devendo vir de Portugal mulheres solteiras, mesmo meretrizes, para se casar com os colonos.

Com o surgimento das Ordenações de Portugal, houve a vedação a qualquer relacionamento afetivo que não fosse instituído pelo casamento. As Ordenações Afonsinas (1441-1521) definiam em seu teor que se o homem, caso fosse funcionário do Rei e trouxesse à corte sua barregã (designação para concubina), perdia seus subsídios enquanto com ela estivesse, e se não o fosse, seria degradado, da mesma maneira que a barregã. Além disso, a esposa legítima poderia revogar e reaver para si qualquer doação ou venda do concubino para a barregã.

Em seguida, com as Ordenações Manuelinas, foi previsto que todo homem casado que vivesse em concubinato adúlterino merecia a morte, assim como as mulheres que mantivessem outro relacionamento. Previa, ainda, que o homem casado que mantivesse uma barregã era condenado ao pagamento do valor correspondente à quadragésima parte de seus bens, penas que poderiam aumentar em caso de reincidência.

Sem diferença, as Ordenações Filipinas mantiveram os dispositivos das Manuelinas no que tange à matéria do concubinato, mas adicionaram um título o

qual dispunha que a mulher do barregueiro (designação para concubino) poderia demandar civilmente o que a barregã porventura tiver retirado do seu lar. As Ordenações Filipinas também tipificavam a poligamia como crime, a qual era conceituada como a conduta de contrair matrimônio duas ou mais vezes sem ter dissolvido o primeiro, cominando penas que variavam de um a sete anos de prisão.

Torres-Londoño (1999, p. 17) explica que a palavra concubinato à época da colonização era utilizada pela Igreja para caracterizar relações entre homens ou mulheres que não fossem motivadas pelo casamento e referia-se a um pecado. Esclarece que esta Instituição religiosa sempre foi a maior opositora do concubinato, que o combatia inclusive porque seus padres se encontravam envolvidos em relações concubinárias. Não obstante a condenação, as referidas relações se alastraram por todo o Brasil. Torres-Londoño (1999, p. 58) cita exemplos, como:

No antigo bispado do Rio de Janeiro, os registros mostram a silhueta do concubinato nas áreas de fronteira no Mato Grosso e em São Paulo, nas áreas de mineração (Minas Gerais), de trânsito a caminho das minas, nas vilas de Minas, do Vale do Paraíba, de São Paulo [...] regiões de ilegitimidade alta, de mobilidade espacial e de "fluidez social". Nessas paróquias e freguesias, eram contínuas as queixas dos bispos contra o concubinato e pontuais as devassas que apontavam quase sempre para uma única forma de transgressão, a mancebia.

Na análise da vida cotidiana nos tempos do Brasil Colônia, é possível constatar que, apesar do controle imposto pela Coroa portuguesa e pela Igreja Católica, por meio de normas rígidas de conduta moral, os desvios de comportamento se faziam presentes, assim considerados os relacionamentos concubinários à época.

Durante o período do Império foi revogado o texto das Ordenações referentes ao concubinato e durante o período republicano foi instituído o casamento civil como única forma legítima de constituição de família. No Brasil, assim como em outros países do mundo, diferentemente do adultério, o concubinato nunca foi considerado crime. Não havia regulamentação, tampouco proibição. Pereira (2004, p. 16) a respeito anota:

O Brasil nunca tipificou o concubinato como crime, mas também não o regulamentava. Como a família deveria ser calcada no casamento, o relacionamento extramatrimonial não poderia ser reconhecido

como família. Importante ressaltar que esta falta de regulamentação não se configura numa repulsa ao concubinato, mas sim na defesa da família legítima formada pelo casamento, apesar de essas relações concubinárias serem marcantes como fato social.

O primeiro Código Civil Brasileiro passou a vigorar em 1917, revogando as Ordenações Filipinas no que se referia à matéria cível. Determinava como modelo único de família, aquela constituída pelo casamento, fechada, machista, patriarcal, fortemente hierarquizada. O casamento continuava a ser a única origem jurídica eficaz de família e somente esta era merecedora de proteção por parte do Estado. (Maia, *on line*)

Oportuno destacar que o Código Civil de 1916 não distinguia o concubinato decorrente de uniões livres, sem impedimentos para casar, das relações em que havia algum tipo de impedimento para o matrimônio; nesta época, como em toda a história do referido instituto, todo relacionamento à margem do casamento se enquadrava como concubinato. Este diploma, sem apresentar grande diferença do que já constava na legislação das Ordenações, acarretava uma série de sanções a serem aplicadas às relações concubinárias, como proibir o casamento entre pessoas já casadas, entre o cônjuge adúltero com seu co-réu, por tal condenado, entre outras. De acordo com Azevedo (1986, p. 73): "O Código Civil de 1916 não regulamentou o concubinato, não o proibiu, mas a ele se refere sempre, procurando defender o instituto do casamento ou reproduzindo sanções da velha legislação".

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, as uniões livres que não apresentavam impedimentos para o casamento foram recepcionadas no ordenamento jurídico como entidade familiar, sob a denominação de "união estável", permanecendo o termo "concubinato" para identificar as relações afetivas não casuais entre homem e mulher impedidos de casar.

## 2- Conceito

Nas palavras de Bittencourt (1980, p. 61), baseado no dicionário Larousse de Língua Francesa, o tema é tratado da seguinte forma: *cum* (com) + *cupare* (dormir), significando "o estado de um homem e de uma mulher que vivem juntos, maritalmente, sem serem casados".

O “concubinato”, a princípio, podia ser entendido de modo “genérico” como toda ligação do homem com a mulher fora do casamento. Para Matielo (1998, p. 22-23), o concubinato recebe dupla estratificação, conforme se o entenda em sentido amplo ou em sentido estrito:

*Latu sensu*, pode-se definir o concubinato como “união entre homem e mulher, sem casamento”. Tem-se, aqui, muito mais uma concepção comum do tema do que propriamente apreciação de relevo para o direito. [...] porém, certamente sucumbiria a elaboração a partir do instante em que se buscasse atribuir efeitos jurídicos a toda relação que nela se enquadrasse, dada a falta de precisão e especificidade, embora útil como invocação genérica.

O concubinato em sentido estrito, conforme explana Matielo (1998, p. 24) adota as exatas feições da união estável como concebida pela legislação protetora:

Destarte, há sinonímia na referência às duas expressões, sendo igualmente elucidativo denominar de concubinato puro a relação adaptada aos parâmetros especificados como pertinentes ao concubinato *stricto sensu*, em contrapartida à modalidade impura, que se evidencia em determinadas situações enquadráveis na classificação do instituto sob o prisma ampliativo.

De acordo com a classificação de Bittencourt (1980, p. 78), o concubinato se divide em “puro” e “impuro”. Segundo o autor, o concubinato será puro quando houver uma união de fato entre um homem e uma mulher que podem se casar, mas, por opção, deixaram de fazê-lo; e será impuro quando existir uma relação afetiva entre um homem e uma mulher, paralela ao casamento ou união estável de um ou de ambos. Portanto, tem-se “concubinato puro” quando numa união entre um homem e uma mulher, estes não são impossibilitados por lei de se casarem. É o concubinato puro que se identifica na atualidade como “união estável” e goza da proteção do Estado, sendo inclusive reconhecido por este como “entidade familiar”. O “concubinato impuro” está definido no art. 1.727 do atual Código Civil como “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”. O referido Diploma Civil somente limitou-se a conceituar o instituto, sem dispor acerca dos efeitos jurídicos advindos deste relacionamento. São encontradas, entretanto, no referido diploma legal, disposições que estabelecem sanções a quem se relaciona em concubinato, tratadas no item a seguir.

### 3- Posicionamento Legal e Doutrinário

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e posteriormente do Código Civil de 2002, houve uma alteração na terminologia aplicada às modalidades de concubinato. O concubinato puro passou a ser denominado união estável e recebeu o *status* de entidade familiar, nos termos do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 1.723, *caput* e §1º do Código Civil:

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

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

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

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

Como já mencionado no presente trabalho, o termo concubinato permaneceu para aquelas situações envolvendo um homem e uma mulher que se relacionam de forma contínua e duradoura, paralelamente ao casamento ou união estável de um dos envolvidos. O ordenamento legal brasileiro limita-se a definir o concubinato, sem mencionar efeitos ou implicações jurídicas, positivas ou negativas, conforme se depreende do art. 1.727 do Código Civil de 2002:

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

Para Lôbo (2008, p. 164), "o Código Civil adotou uma atitude dúbia, pois optou por conceituar o concubinato sem definir suas consequências jurídicas positivas ou negativas".

Acerca do instituto, no atual Código Civil encontram-se disposições que estabelecem tão-somente sanções, como se depreende dos seguintes artigos: o art. 550 veda doações do adúltero ao seu cúmplice; o art. 1.642 (inciso V) autoriza o

cônjuge a reivindicar os bens doados ou transferidos pelo consorte ao concubino; e o art. 1.801 (inciso III) proíbe a nomeação de concubino de testador casado como herdeiro ou legatário; o art. 793 proíbe a indicação da concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida, sendo possível apenas para cônjuge e companheira. Observa-se que muitas destas proibições já se encontravam vigentes na época das Ordenações e foram mantidas no Código atual. No campo penal, o adultério era identificado como delito até há pouco tempo, tendo sido descriminalizado em 2005, pela Lei nº. 11.106/05.

No que se refere à natureza jurídica do concubinato, a doutrina diverge quanto à sua inserção no âmbito do Direito de Família. Lôbo (2008, p. 165) explica que "da mesma maneira como antes ocorreu com a atual união estável, controvertem a doutrina e a jurisprudência sobre a natureza familiar do concubinato".

Matielo (1998, p. 46) defende que o concubinato comporta sociedade de fato e, para tanto, precisa estar caracterizado nas hipóteses previstas em lei:

O concubinato, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96, não produz, imediata e isoladamente, o estabelecimento de presunção em favor da repartição dos bens, nem os considera comuns automaticamente.

Já Dias (2009, p. 53) explana que os vínculos afetivos concomitantes são relações de afeto e, apesar de serem consideradas uniões adulterinas, geram efeitos jurídicos; nesse sentido, presentes os requisitos legais, a justiça deve reconhecer a família paralela como uma união estável.

Cahali, citado por Pereira (2004, p. 75), explana que no caso em que a concubina ignora a existência da outra união constituída anteriormente pelo seu parceiro, situação identificada pela doutrina e jurisprudência como união estável putativa (em analogia ao casamento putativo), devem ser concedidos os mesmos efeitos previstos para uma união monogâmica:

Assim, se de boa-fé a companheira, pelo seu escusável desconhecimento de outras relações mantidas pelo companheiro, mesmo não caracterizada a união, para ela a ligação gera todos os seus efeitos.

Dias (2009, p. 50) comenta que o fato de conceder direitos à concubina(o) somente quando ela alega desconhecer a duplicidade de vidas de seu companheiro

acaba por incentivar a mentira, pois se ela confessa saber ou desconfiar da relação paralela nenhum direito lhe é assegurado. Nesse sentido, explica:

Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade de vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. Pelo jeito, infringir o dogma da monogamia assegura privilégios.

A referida Autora (2009, p. 51) comenta, ainda, que o fato de o Direito negar reconhecimento às famílias paralelas acaba por cometer injustiças, geralmente com a concubina que, ao fim do relacionamento (por morte do parceiro ou por dissolução da união) fica descoberta de qualquer direito, enquanto que o infiel é isento de qualquer responsabilidade e permanece com a titularidade do patrimônio. “Negar a existência de famílias paralelas [...] é simplesmente não ver a realidade. Com isso a justiça acaba cometendo enormes injustiças [...] reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato, consiste em uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade”.

Interessante mencionar que a punição recai somente sobre a parte que não possuía nenhum dever de fidelidade, que não tinha compromisso formal com outrem. Já com aquele que foi infiel, desleal, não acontece nada, pois este não é obrigado a dividir patrimônio, nem fica com a obrigação de sustento para com a pessoa com que viveu por longo período.

Madaleno (2004, p. 71), defensor do princípio da monogamia, é um dos doutrinadores que afastam as relações poliândricas ou poligâmicas – como o concubinato - do Direito de Família:

Casamentos múltiplos são vedados, como proibidos os concubinatos paralelos, porque não se coaduna com a cultura brasileira uma união poligâmica ou poliândrica, a permitir multiplicidade de relações entre pessoas já antes comprometidas, vivendo mais de uma relação ao mesmo tempo.

O professor Álvaro Villaça de Azevedo (2001, p. 211) corrobora esse entendimento, afirmando que “o concubinato puro deve merecer, por parte do Estado, completa proteção e regulamentação legal, já o impuro ou concubinagem não deve merecer apoio dos órgãos públicos e, mesmo, da sociedade”.

Não obstante as teorias que se destinam a considerar o concubinato somente como sociedade de fato, há parte da doutrina que o qualifica como entidade familiar, como se observa nas palavras de Dias (2009, p. 53-55):

Deixar de reconhecer a família paralela como entidade familiar leva à exclusão de todos os direitos do âmbito do direito das famílias e sucessório. [...] no momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva ou indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.

Outrossim, mesmo que de forma discreta, corrobora Lôbo (2008, p. 166), ao explicar acerca dos filhos advindos desse tipo de relação:

É inevitável o enfrentamento dos efeitos jurídicos próprios de relação de família quando envolver filhos comuns. Nesta dimensão, as relações entre pais e filhos são em tudo iguais às de qualquer entidade familiar, inclusive do casamento e da união estável.

Albuquerque (2002, p. 9) vai mais além ao lecionar:

O concubinato adulterino consiste em uma espécie de entidade familiar, considerando a sua exclusão como uma afronta aos preceitos constitucionais. Tal modalidade de relacionamento afetivo encontra-se inserida no âmbito do Direito de Família.

Para Venosa (2006, p. 51) o impedimento da instituição do casamento por si só não é fato descaracterizador do concubinato como família:

O art. 1.727, já citado, define como concubinato as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Tal, por si só, não retira dessa modalidade de união todo o rol de direitos atribuídos à união estável, assim definida em lei.

O que vale mencionar é que o concubinato nunca teve uma posição favorável no Brasil, pois os concubinos são considerados infringidores da moral e dos bons costumes estabelecidos pela sociedade – e muitas vezes impostos pela Igreja –, o que impede sua apreensão no mundo jurídico como uma entidade familiar e, portanto, objeto do Direito de Família.

#### 4- Posicionamento Jurisprudencial

As relações concubinárias, como fatos sociais, interferem e, de certa maneira, modificam o universo jurídico. No mínimo, deveriam provocar os Tribunais e o Poder Legislativo a discutir a matéria sem a visão que se demonstra atualmente, pautada muitas vezes pelo preconceito e rigidez que não cabem mais diante dos novos valores inseridos pela Carta Constitucional.

Dias (2009, p. 51) observa que as relações paralelas repercutem no mundo jurídico: “[...] pois os companheiros convivem, muitas vezes têm filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes.”

As relações concubinárias, no âmbito dos Tribunais, são qualificadas como sociedades de fato e elas se aplica a antiga Súmula nº. 380 do Supremo Tribunal Federal, editada para regulamentar as situações decorrentes do “concubinato puro”, quando este ainda não havia sido reconhecido como entidade familiar. Assim prescreve o referido normativo: “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”. O argumento para sua utilização no caso da família paralela permanece o mesmo de quando foi editada: vedar o enriquecimento ilícito de uma das partes.

Anteriormente ao Código Civil de 2002, a jurisprudência aplicava também outro entendimento: concedia à concubina(o) indenização por serviços domésticos prestados, o que ocorria em dois casos: 1) quando inexistia patrimônio; ou 2) quando não restava comprovada a contribuição direta ou indireta para obtenção ou acréscimo do patrimônio adquirido pelos concubinos.

São observadas duas situações distintas acerca do concubinato:

- quando a concubina não sabe que o parceiro é casado ou que este mantém união estável com outra pessoa, considerado concubinato de boa-fé;
- quando a concubina tem conhecimento da existência do casamento ou união estável.

No caso da primeira hipótese, a jurisprudência tem-se posicionado pelo reconhecimento de efeitos jurídicos positivos, como é o caso da decisão abaixo:

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM.** Sentença de Procedência. Apelada demonstrou que manteve convivência pública, contínua e duradoura com o *de cujus*. Preenchidos os requisitos elencados no artigo 1.723, *caput*, do Código Civil. Apesar do ordenamento jurídico só possibilitar o reconhecimento de uma união estável, deve-se reconhecer a união estável putativa da apelada, adequando-se a decisão judicial à realidade social. O fato de restar demonstrado que o *de cujus* manteve relacionamento estável com outra mulher não descaracteriza a união estável putativa. **Ambas as companheiras de boa-fé.** Recurso conhecido e desprovido. (0006292-75.2000.8.19.0008 (2009.001.55842 – Apelação Desemb. Gabriel Zéfiro - Julgamento: 10/02/2010 – Sexta Câmara Cível- TJ/RJ) (grifo nosso)

Acerca dos posicionamentos jurisprudenciais reconhecendo direitos à união paralela putativa, Dias (2009, p. 50) comenta que somente na hipótese de a concubina alegar desconhecimento da duplicidade de vidas do varão é que a Justiça reconhece-lhe direitos, incentivando-a mentir, do contrário, se falar a verdade, é condenada por cumplicidade, “punida” com a exclusão de direitos, enquanto o responsável, o “varão” é absolvido.

Cabe ainda mencionar a situação em que as famílias paralelas são de conhecimento mútuo, havendo, no caso, duas entidades familiares. O tema foi enfrentado pelo magistrado Adolfo Theodoro Naujorks Neto, da 4ª Vara de Família da Comarca de Porto Velho/RO (Processo nº. 001.2008.005553-1). Em sua decisão, reconheceu a duplicidade do relacionamento de um homem legalmente casado, que convivia com a sua esposa e simultaneamente com outra companheira. Na sentença, determinou a partilha dos bens adquiridos durante a relação dúplice em três partes iguais, isto é, entre o homem, a esposa legalmente casada e a companheira. De acordo com o juiz, a psicologia moderna chama essa relação triangular de “poliamorismo”, que se constitui na coexistência de duas ou mais relações afetivas paralelas em que as pessoas envolvidas têm conhecimento da duplicidade de relações e se aceitam mutuamente.

Após o Código Civil de 2002 firmou-se o entendimento de que o concubinato não é entidade familiar, pois a definição do art. 1.727 seria norma de exclusão. Apesar das divergências concernentes à matéria na doutrina, sabe-se que esta tem papel fundamental e relevante para a jurisprudência à medida que acrescenta uma visão mais aprofundada do tema e influencia na tomada de decisões dos Tribunais, os quais, acerca do instituto, não trazem uma compreensão uniforme.

Como forma de se promover tratamento justo e digno aos envolvidos numa situação de simultaneidade familiar, cabe destacar posicionamento de Dias (2009, p. 52) que defende, no caso de comprovada a concomitância de concubinato com o casamento ou união estável de uma das partes, a divisão do patrimônio acrescido durante o período de duração do duplice vínculo, afastando a meação da esposa (viúva): "Apurado o acervo hereditário, excluída a legítima dos herdeiros, a parte disponível será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio".

Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos Embargos Infringentes nº. 70017709262:

EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO PARALELA AO CASAMENTO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. As provas carreadas aos autos dão conta que o de *cujus*, mesmo não estando separado de fato da esposa, **manteve união estável com a autora por mais de vinte anos. Assim, demonstrada a constituição, publicidade e concomitância de ambas as relações familiares, não há como deixar de reconhecer a união estável paralela ao casamento**, que produz efeitos no mundo jurídico, sob pena de enriquecimento ilícito de uma das partes. Embargos infringentes acolhidos (TJRS, 4ª Câm. Cív., EI 70017709262, Relator Des. Claudir Fidelis Faccenda, DJ 09/03/2007) (grifo nosso)

Como já dito, até a edição do Código Civil de 2002, encontravam-se decisões reconhecendo à concubina indenização por serviços prestados. No exemplo abaixo, o STJ deferiu indenização por serviços domésticos prestados:

CONCUBINATO. RELAÇÃO EXTRACONJUGAL MANTIDA POR LONGOS ANOS Vida em comum configurada ainda que não exclusivamente. **Indenização por serviços domésticos**. Pacífica é a orientação das Turmas da 2ª Seção do STJ no sentido de indenizar os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro durante o período da relação, direito que não é esvaziado pela circunstância de ser o concubino casado, se possível, como no caso, identificar a existência de dupla vida em comum, com a esposa e a companheira, por período superior a trinta anos. Pensão devida durante o período do concubinato até o óbito do concubino. (STJ, 4ª T., Resp 303.604/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 23.06.2002) (grifo nosso)

Na atualidade, este entendimento não é mais aplicado, conforme se depreende do Recurso Especial nº. 988090/MS, no seguinte sentido:

DIREITO CIVIL. CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.727 DO CC/02. INCOERÊNCIA COM A LÓGICA JURÍDICA ADOTADA PELO CÓDIGO E PELA CF/88, QUE NÃO RECONHECEM DIREITO ANÁLOGO NO CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. A união estável pressupõe ou ausência de impedimentos para o casamento ou, ao menos, separação de fato, para que assim ocorram os efeitos análogos aos do casamento, o que permite aos companheiros a salvaguarda de direitos patrimoniais, conforme definido em lei. **2. Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que o existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união.** 3. Na verdade, conceder a indigitada indenização consubstanciaria um atalho para se atingir os bens da família legítima, providência rechaçada por doutrina e jurisprudência. 4. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, a concessão de indenizações nessas hipóteses testilha com a própria lógica jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, protetiva do patrimônio familiar, dado que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CF/88), não podendo o Direito conter o germe da destruição da própria família. 5. Recurso especial conhecido e provido. (Resp. 988090 / MS. RECURSO ESPECIAL 2007/0218939-6. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA/STJ. Data do Julgamento: 02/02/2010. Data da Publicação: DJE 22/02/2010) (grifo nosso)

Cumprе ressaltar a contradição exposta na decisão acima proferida em que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na intenção de afastar a relação paralela do conceito de família, acaba aproximando-a das demais entidades familiares quando nega a indenização por serviços prestados com a justificativa de que nas demais uniões (casamento/união estável) não existe indenização por serviços prestados. Com esta colocação, o Relator praticamente equiparou o concubinato aos demais institutos familiares, explanando que conceder tal indenização seria dar tratamento mais privilegiado à entidade familiar “concubinato” do que ao casamento e à união estável.

Em relação ao reconhecimento de sociedade de fato entre os concubinos, o STJ já se manifestou favorável ao pleito a fim de evitar o enriquecimento ilícito daquele que o pratica:

SOCIEDADE DE FATO ENTRE CONCUBINOS. HOMEM CASADO. DISSOLUÇÃO JUDICIAL ADMISSIBILIDADE. **É admissível a pretensão de dissolver a sociedade de fato**, embora um dos concubinos seja casado. Tal situação não impede a aplicação do princípio inscrito na Súmula 380/STF. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp. 5537/PR, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 28.06.1991, DJ 09.09.1991 p. 12196).

CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. 1. **Segundo entendimento pretoriano, a sociedade de fato entre concubinos é, para as conseqüências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, irrelevante o casamento de qualquer deles**, sobretudo, porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica. 2. Recurso não conhecido. (STJ, REsp 229069/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 26.04.2005, DJ 16.05.2005 p. 351). (grifos nossos)

No âmbito do Direito Previdenciário, são poucas as decisões que versam acerca do tema, predominando o indeferimento da pensão por morte à concubina, com exceção de alguns julgados, como o Recurso Especial nº. 742.685/RJ:

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTILHA DA PENSÃO ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA. COEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONJUGAL E A NÃO SEPARAÇÃO DE FATO DA ESPOSA. CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO. "Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo". Possibilidade de geração de direitos e obrigações, máxime, no plano da assistência social. Acórdão recorrido não deliberou à luz dos preceitos legais invocados. Recurso especial não conhecido.(REsp 742685/RJ - RECURSO ESPECIAL nº 2005/0062201-1. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma. Data do Julgamento: 04/08/2005. Data da Publicação: 05/09/2005. Fonte: DJ p. 484 RDTJRJ vol. 71 p. 121 RECURSO ESPECIAL).

Em relação a alimentos, várias são as decisões no sentido de não conceder o benefício para a concubina(o). Registre-se a Apelação Cível nº. 70027871250, do Rio Grande do Sul, que não concedeu o benefício por faltar os requisitos caracterizadores de união estável, mas é notória a possibilidade da sua concessão para a relação de concubinato:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. Comprovação de que o

requerido não se ausentou do convívio da esposa e da família. Ausência, portanto, de coabitação com a requerente e do intuito de com ela constituir família. Falta de requisitos caracterizadores da união estável. **CONCUBINATO ADULTERINO. ALIMENTOS. O concubinato pode gerar direito a alimentos, quando o que pede alimentos comprovar que foi dependente econômico do alimentante no curso do concubinato.** No caso, inexistente obrigação de prestar alimentos porque não comprovada a dependência econômica da autora em relação ao requerido. Preliminar rejeitada e recurso provido. (Apelação Cível Nº 70027871250, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 28/01/2009) (grifo nosso)

Em decisão mais recente, na Apelação Cível nº. 594093791, a Corte do Rio Grande do Sul deferiu o benefício e foi mais além: reconheceu o concubinato como entidade familiar:

**APELAÇÃO CÍVEL. CONCUBINATO. ART. 1.727 DO CC/02. DIREITO A ALIMENTOS. ART. 1.694 DO CC/02. Ainda que o relacionamento mantido entre os litigantes seja tido como um concubinato, na forma do art. 1.727 do CC/02, também este se enquadra na categoria de entidade familiar a ensejar o direito de alimentos entre os concubinos, se presente a afetividade entre o casal, enquanto tal relacionamento perdurou.** E a afetividade, no caso, existia entre os litigantes, devendo ser mantida a pensão alimentícia na forma como fixada na sentença. A omissão contida no art. 1.694 do CC/02 não afasta a concessão do direito em discussão. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70032101727, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 12/11/2009) (grifo nosso)

Ressalte-se o entendimento exarado na decisão acima proferida pela Corte do Rio Grande do Sul, o qual se harmoniza com o novo conceito de família trazido pela Constituição de 1988, ou seja, de que toda relação constituída a partir do afeto deve ser reconhecida e protegida como entidade familiar. Foi o que fez o referido Tribunal, pois constatada a presença da afetividade entre os sujeitos da relação.

Há uma discussão mais acentuada no que tange a direitos patrimoniais e partilha de bens, mas é possível notar decisões que beneficiam a concubina:

**APELAÇÃO CÍVEL - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL - UNIÃO DÚPLICE - POSSIBILIDADE - PARTILHA DE BENS - MEAÇÃO - TRIAÇÃO - ALIMENTOS.** A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente,

concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de uniões. O mesmo se verifica em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. (TJRS - ApCível n.º 70022775605/08 - Rel Dês. Rui Portanova, julgado em 07.08.2008)

Na Ação Rescisória n.º. 70017086919, também do Rio Grande do Sul, a relação de concubinato foi considerada sociedade de fato, com o intuito de evitar o enriquecimento ilícito da outra parte da relação:

**AÇÃO RESCISÓRIA. POSSIBILIDADE DE SE RECONHECER SOCIEDADE DE FATO EM CONCUBINATO ADULTERINO.** 1. A união concubinária mantida por aproximados 28 anos, que gerou prole e que foi marcada pela ampla participação da concubina na vida pessoal do falecido, com incontroversa prestação de auxílio doméstico e material, justifica o reconhecimento de seqüela patrimonial. 2. Não reconhecer em tais circunstâncias efeito patrimonial, implicaria reconhecer como jurídico o eventual enriquecimento sem causa do concubino. 3. Não se verifica a expressa violação ao art. 226 da Constituição Federal ou às Leis Federais n.º 8.971/94 e 9.78/96, quando o acórdão expressamente reconhece tratar-se de uma relação de mero concubinato, com sociedade de fato, e não de união estável. Ação rescisória julgada improcedente. (segredo de justiça) (Ação Rescisória N.º 70017086919, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/05/2007) (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça sempre manteve uma posição dura com relação ao concubinato, assim como o Supremo Tribunal Federal (STF) que, nas poucas oportunidades que analisou a questão, negou efeitos jurídicos às relações paralelas. O STF, assim como o STJ, admite somente a possibilidade de reconhecimento de uma sociedade de fato, com a exigência de haver prova de que o patrimônio foi adquirido “pelo esforço comum”. Nesse sentido, confere-se o seguinte julgado:

**RESP. PROCESSO CIVIL. CIVIL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CONCUBINATO IMPURO. SÚMULA 380 DO STF. SÚMULA 7 DO STJ.**

[...]

2. Admite o entendimento pretoriano a **possibilidade da dissolução de sociedade de fato**, ainda que um dos concubinos seja casado, situação, aliás, não impeditiva da aplicabilidade da súmula 380 do

Supremo Tribunal Federal que, no entanto, reclama **haja o patrimônio, cuja partilha se busca, tenha sido adquirido "pelo esforço comum"**. 3. A negativa pelas instâncias ordinárias da existência deste "esforço comum", inclusive quanto à prestação de serviços domésticos, inviabiliza o trânsito do especial pela necessidade de investigação probatória, com incidência da súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso especial não conhecido." (REsp 257115/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29.06.2004, DJ 04.10.2004 p. 302) (grifo nosso)

Observa-se que classificar a relação paralela como sociedade de fato é solução desarrazoada, uma vez que não foi estabelecida entre os envolvidos uma sociedade com fins lucrativos, mas se uniram em função de existir afeto mútuo.

Em julgado mais recente, a Suprema Corte se posicionou da seguinte maneira, conforme ementa abaixo:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o **implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina**. (RE 590779/STF, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009 (grifo nosso)

Observa-se que o STF, na decisão acima, ainda trata como família somente aquela decorrente dos laços do matrimônio, esquecendo-se que o ordenamento jurídico brasileiro vigente protege todas as uniões que foram constituídas a partir da afetividade, elemento este reconhecido como valor jurídico a partir da Constituição Federal de 1988.

Merece, ainda, destaque o julgado da Corte gaúcha que reconheceu a união paralela como união estável, uma vez preenchidos os requisitos da convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o ânimo de constituir família:

APELAÇÃO CÍVEL - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL - UNIÃO DÚPLICE - POSSIBILIDADE - PARTILHA DE BENS - MEAÇÃO - TRIAÇÃO - ALIMENTOS. **A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora**

**e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de uniões. O mesmo se verifica em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. (TJRS - ApCível n.º 70022775605/08 - Rel Dês. Rui Portanova, julgado em 07.08.2008) (grifo nosso)**

Venosa (2006, p. 51) destaca a particularidade da matéria e explana que é necessária a verificação em cada caso de quais direitos cabíveis à união estável são estendidos aos concubinos, principalmente no que se refere à divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Destaque-se que não existe razão para se distinguir a união estável do concubinato adúltero quanto aos seus efeitos, porquanto violaria o princípio da igualdade instituído pela Constituição Federal. Ambas as relações se constituem com o fim de formação de família em que há convivência pública, contínua e duradoura, com a distinção que, no segundo caso, duas são as famílias formadas por um único indivíduo.

Da análise dos julgados apresentados, observa-se que os Tribunais tratam o concubinato adúltero como instituto pertencente ao direito das obrigações, ou seja, fora do campo do Direito de Família e os poucos direitos concedidos são para evitar uma situação de enriquecimento ilícito. Classificar a relação paralela como sociedade de fato é solução desarrazoada, uma vez que não foi estabelecida entre os envolvidos uma sociedade com fins lucrativos, mas se uniram em função de existir afeto mútuo.

Ao mesmo tempo, em várias sentenças proferidas, é possível constatar que o judiciário visualiza na família paralela uma entidade familiar, no entanto, como o ordenamento jurídico pátrio não permite a simultaneidade de famílias, em função do princípio da monogamia, este reconhecimento é negado.

A partir do estudo desenvolvido acerca das transformações jurídicas pelas quais passou a família, chegou-se à conclusão que na atualidade esta se constitui e se mantém pelo afeto e por meio da vida em comum, estável e pública. Em relação à família paralela, constata-se a presença de todos esses elementos: ela se forma a partir do afeto, sendo somente esse elemento capaz de manter seus componentes juntos por anos, em convivência estável e prolongada, uma vez que não existe nenhum dever legal expresso de permanência, e a relação apresenta notoriedade,

pois não há como se viver com alguém durante 15, 20, 30 anos, como é o exemplo de alguns casos citados, sem que haja conhecimento daquela relação por parentes, amigos, vizinhos.

É importante mencionar que, com a supressão da cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, o Texto Constitucional de 1988 adotou um conceito plural, abrangente, de inclusão, que permite concluir que todas as famílias instituídas pelo afeto devem ser protegidas, como é o caso da família paralela.

Além da afetividade e da pluralidade familiar, aplicam-se às famílias paralelas os princípios da liberdade, igualdade, solidariedade e o maior de todos, da dignidade da pessoa humana. Pelo princípio da liberdade, o indivíduo tem liberdade para escolher o arranjo familiar que melhor atenda a sua realização pessoal, já que sua dignidade é o valor principal e não a instituição escolhida em si, esta é apenas um meio para sua realização. O princípio da igualdade, por sua vez, proíbe que o Estado estabeleça diferenciações entre os vários tipos de famílias existentes, excluindo-os da proteção jurídica. Já o princípio da solidariedade impede que, depois de anos de convívio, em que havia assistência mútua entre as partes, um dos membros da relação paralela seja largado à própria sorte, sem que haja nenhum tipo de proteção. Por sua vez, o princípio da dignidade humana possui um caráter de ampla proteção à pessoa humana como valor maior. Assim, há que se proteger a família paralela na pessoa de cada um dos que a integra, concedendo-lhes tratamento digno e justo.

Tem-se que um dos maiores entraves ao reconhecimento da família paralela como entidade familiar é o argumento de que essa proteção feriria o princípio da monogamia, como já mencionado neste trabalho. Contudo, essa falta de amparo acaba por violar um outro princípio, o da dignidade da pessoa humana, fundamento do ordenamento jurídico brasileiro. Havendo choque entre os mencionados princípios, o Estado deve ponderar qual interesse quer priorizar: se o princípio da monogamia, ordenador da sociedade, ou a dignidade de quem, depois de anos de convívio e dedicação a seu par, bate às portas do Judiciário em busca de tutela jurídica.

Como última observação, cabe mencionar a desproporcionalidade do tratamento dado às partes que se relacionam em concubinato. Enquanto a

concubina (geralmente é uma mulher) é tratada com preconceito, estigmatizada na sociedade, não lhe sendo deferido, em regra, nenhum direito (não obstante tenha contribuído com seu trabalho e dedicação para a formação do patrimônio), ao concubino não há sanções, nem responsabilidades; justamente ele, que manteve duplicidade de relações, que tinha compromisso legal de lealdade com a família institucionalizada, deixa a relação paralela (seja por morte ou pela dissolução da união) sem dever de assistência alguma. Essa diferença de tratamento deixa claro que a solução preconizada pela jurisprudência dominante nada mais faz do que penalizar a mulher por uma atitude que só pode ser atribuída ao concubino.

Apesar de a maior parte da jurisprudência seguir indeferindo direitos às relações paralelas, cabe destacar julgado citado no presente trabalho, proferido pelo Tribunal de Justiça gaúcho (p. 66), que, de forma inovadora e justa, reconheceu a família paralela, por ser uma união de afeto, como uma entidade familiar e concedeu-lhe direitos. Nesse panorama não mais cabe deixar de extrair efeitos jurídicos de um fato social que existe, sempre existiu, mas que a justiça se nega a reconhecer: vínculos afetivos mantidos de forma concomitante. Seguindo este entendimento, defende-se que toda união paralela que se constitui e se mantém pelo afeto e que perdura ao longo do tempo deve ser reconhecida e protegida como entidade familiar. Espera-se que decisões corajosas e inovadoras como a que foi citada acima, tornem-se regra no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo a quem integra uma família paralela direitos como: receber alimentos, herdar, ter participação no patrimônio adquirido na constância da relação (sem necessidade de comprovação), entre outros direitos possíveis no âmbito do Direito de Família, a serem analisados caso a caso.

## CONCLUSÕES

O objetivo deste trabalho era verificar a possibilidade de reconhecer o concubinato adúltero como uma entidade familiar.

Depois de se averiguar o contexto histórico e as mudanças pelas quais passou a concepção de família desde sua origem até os dias atuais, ficou demonstrado que a família é fato social e histórico que antecede o direito posto e que, à medida que se transforma, reclama sua apreensão pelo ordenamento jurídico. Diferentemente do que ocorria na codificação de 1916, hoje a família se estrutura com base na afetividade, valorizando a felicidade dos membros que a compõem.

A concepção de família não está mais vinculada a um único modelo, centrado no matrimônio, mas é, atualmente, reconhecida como toda aquela relação afetiva que apresenta determinadas características, consideradas essenciais, como a afetividade, a estabilidade e a publicidade.

Pode-se afirmar que a grande precursora destas mudanças paradigmáticas da família foi a Constituição Federal de 1988, que fez com que esta passasse da singularidade, formada unicamente pelo casamento, para a pluralidade, abrangendo as entidades familiares especificadas no artigo 226 da Constituição Federal, assim como todas que possuam um vínculo afetivo e busquem objetivos de vida comuns. Assim qualquer forma de exclusão ou tratamento preconceituoso entre as entidades familiares existentes, sejam as expressas no documento constitucional, sejam as que existem no plano fático, como a família concubinária, é vedado.

Cabe lembrar, ainda, que, com a Carta Constitucional de 1988, a afetividade foi reconhecida como valor jurídico a ser observado pelo ordenamento brasileiro; por conseqüência, as uniões familiares constituídas pelo afeto, como é caso da família paralela, devem ser protegidas por determinação constitucional.

A Carta Magna contempla ainda o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual preceitua que cabe ao Estado fornecer condições de vida digna ao ser humano. Tem-se, portanto, que este princípio estabelece que o foco de proteção à família se dirige à pessoa de cada um dos membros da família e estes não podem ser vistos como indivíduos isolados, mas como entes numa relação de coexistência. Nesse sentido, resta claro que, apresentada uma situação de simultaneidade

familiar, o sentido de proteção deve se destinar a todos os sujeitos que nela se inserem e não simplesmente eleger um ou alguns indivíduos isoladamente como sujeitos da proteção do ordenamento, sob pena de causar injustiças – patrimoniais ou morais – a algum componente envolvido na relação, ofendendo inclusive a sua dignidade.

Outro princípio constitucional de grande importância, aplicado no âmbito familiar, é o da solidariedade familiar, que impõe ao Estado o dever de proteção ao grupo familiar, como entidade e na pessoa de cada um de seus membros. Este princípio determina ainda que os cônjuges, companheiros e, por extensão, concubinos, possuem entre si o dever de solidariedade recíproca no que se refere à assistência moral e material.

Restou demonstrado no presente trabalho que os casos envolvendo o concubinato adúltero que aportam nos Tribunais se apresentam como relações em que há comunhão de vida e de afetos, os vínculos existentes se perpetuam no tempo e a relação se reveste de publicidade, ao menos no âmbito da comunidade em que estão insertos os concubinos, estando, portanto, preenchidos os requisitos de uma entidade familiar.

Por conseguinte, constatada que a família paralela é entidade familiar, nem mesmo o princípio da monogamia poderá impedir seu reconhecimento, pois deve prevalecer sempre o princípio fundante do Estado Democrático de Direito, que é o respeito à dignidade da pessoa humana, aplicado a cada um dos indivíduos que coexistem em união familiar. Assim, há que se eleger entre a efetiva realização do ser humano, buscando sua dignidade e a valorização do afeto, ou o cumprimento de regras ordenadoras estabelecidas pelo Estado.

Ressalte-se ainda que a família deve ser compreendida como uma estrutura psíquica em que cada membro ocupa uma função e um lugar (de pai, de mãe, de filhos), independente da forma escolhida para sua constituição; por isso, deve ser vista antes e acima das normas que determinam formalidades para sua apresentação.

Partindo da compreensão de família como instituição humana em que imperam a afetividade, a estabilidade e a publicidade e tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 contempla a proteção da pluralidade familiar e da dignidade da pessoa humana, a hipótese posta foi comprovada: o concubinato

adulterino, por apresentar em sua constituição os elementos caracterizadores da família (afetividade, estabilidade e publicidade), deve ser reconhecido como espécie de entidade familiar.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. **Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado**. Ano 2 – V. 2 – N. 1 – jan./dez. 2002, Salvador – Ba.

ARAUJO JUNIOR, Gediel Claudino. **Direito de Família**. Teoria e prática. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. União estável: antiga forma do casamento de fato. In: **Revista dos Tribunais**, v. 701, mar. 1994. São Paulo.

BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia da família e *vacatio legis*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Síntese. Porto Alegre, n. 11, out/nov/dez. 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Concubinato**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1985.

\_\_\_\_\_. **O Concubinato no Direito**. São Paulo: Leud, 1980.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/.../constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/.../constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 out. 10.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/.../L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/.../L10406.htm)>. Acesso em: 20 set. 10.

BRASIL. Lei Maria da Penha. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil/\\_ato2004.../lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004.../lei/l11340.htm)>. Acesso em: 28 out. 10.

DIAS Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: **Constituição de 1988: legitimidade, vigência, eficácia e supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no Direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala**. 50. ed. São Paulo: Global Editora, 2005.

GLANZ, Semy. **A família mutante**. Sociologia e Direito comparado. Inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

GOMES Orlando. **Direito de Família**. 7. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

GOMES, Anderson Lopes. Concubinato adulterino: uma entidade familiar a ser reconhecida pelo estado brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1360, 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9624>> Acesso em: 10 out. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, José Jefferson Cunha. **Curso de Direito de Família**. Sergipe: UNIT, 2000.

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

MAIA, Fabiana Meira. **Concubinato adulterino: panorama histórico e disciplina jurídica a partir do Código Civil de 2002**. IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=3212007>>. Acesso em: 11 out. 2010.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **União estável: concubinato: repercussões jurídico-matrimoniais: doutrina, jurisprudência e prática**, incluindo as Leis 8.971/94 e 9.278/96. 3. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MÉNDEZ, Natalia Pietra. **Monogamia e heterossexualidade: um breve apanhado histórico sob a ótica de gênero**. Disponível em: <[iproweb.procempa.com.br/monogamia\\_e\\_heterossexualidade.pdf](http://iproweb.procempa.com.br/monogamia_e_heterossexualidade.pdf)>. Acesso em 01 nov. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 2.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORDENAÇÕES. **Fundação Calouste Gulbenkian**. Coimbra, Portugal: 1984; 1985 e 1999.

PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Volume V. Direito de Família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991a.

\_\_\_\_\_. **Concubinato** – sua moderna conceituação. Revista Forense, v. 190, p. 13-17. Rio de Janeiro: Forense, 1991b.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. **Concubinato e união estável**. 7 ed. Revisada e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **Família e dignidade humana**. IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=3212007>>. Acesso em: 22 out. 2010.

RODRIGUES. Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RUZIK. Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO. Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Cíntia Barbosa. As novas entidades familiares brasileiras. **Revista do curso de Direito da Unifacs ISSN 1808-4435**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/517/359>>. Acesso em: 28 out. 2010.

TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família** – concubinato, igreja escândalo na colônia. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.



**Universidade Federal do Tocantins**

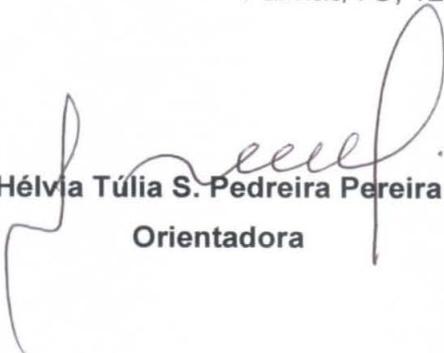
Campus Universitário de Palmas

Curso de Direito

**TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE  
DEPÓSITO DA MONOGRAFIA**

Autorizo o depósito, sem reservas, da monografia de minha orientanda Rejane Teresinha Haefliger, intitulada: **Relação de Concubinato Adulterino: uma Entidade Familiar?**

Palmas/TO, 12 de novembro de 2010.

  
**Hélyia Túlia S. Pedreira Pereira**  
Orientadora



Universidade Federal do Tocantins  
Campus Universitário de Palmas  
Curso de Direito

ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA

Ao(s) 24 dia(s) do mês de novembro de 2010, realizou-se a Defesa de Monografia de Final de Curso (TCC) do aluno (a)

Regane Teresinha Scaefliger

do Curso de Direito, intitulada

Relação de Convívio Adultério: uma Gentileza Familiar? realizada sob a

orientação do(a) Professor(a) Orientador(a) Hedira Tulia

Sander Pedreira Pereira e tendo como banca avaliadora os professores relacionados abaixo.

Atribuíram a média final

9,5 (nove, cinco) pelo trabalho,

tendo sido considerado(a)  APROVADO(A) ( REPROVADO(A)).

Obs.

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Nada mais tendo a constar, assinaram esta Ata o(a) Professor(a) Orientador(a) e os demais componentes da banca.

[Assinatura]  
Professor(a) Orientador(a)

[Assinatura]  
Professor(a) Avaliador(a) 1

[Assinatura]  
Professor(a) Avaliador(a) 2