

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

LUANA ROCHA OLIVEIRA

**O CONCUBINO NO DIREITO SUCESSÓRIO: Uma análise sobre o
reconhecimento sucessório ao(à) concubino(a) adúltero(a)**

Três Pontas

2022

LUANA ROCHA OLIVEIRA

**O CONCUBINO NO DIREITO SUCESSÓRIO: Uma análise sobre o
reconhecimento sucessório ao(à) concubino(a) adúltero(a)**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Me. Paulo Henrique Reis Mattos.

**Três Pontas
2022**

Aos meus queridos pais Givanildo e
Rafaela.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, por tantas bênçãos em minha vida. Agradeço meus amados pais Givanildo e Rafaela pelo pleno apoio em todos os meus planos. Minha estimada irmã Bruna por ter tornado este percurso mais leve. Meu querido namorado Diego, que não só acompanhou toda a minha jornada como também viveu todas as lutas comigo, como meu colega de classe. Meus avós Marluce, Fátima, Rafael e Celso (*in memorian*). Meus tios Annyela e Ulisses. Minhas madrinhas Mariela e Giszele. Meus ilustres chefes Doutor Gustavo e Doutor Alessandro, Defensores Públicos de Três Pontas por tantos primorosos ensinamentos. Os amigos da Defensoria Pública. Os professores e funcionários da FATEPS. E a todos aqueles que acreditaram em meu potencial e em minha formação.

“O correr da vida embrulha tudo,
a vida é assim: esquenta e esfria,
aperta e daí afrouxa, sossega e depois
desinquieta. O que ela quer da gente é
coragem (...).”

João Guimarães Rosa

LISTA DE SÍMBOLOS

§- parágrafo
%- por cento

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.- Artigo

CC- Código Civil

CF/88- Constituição Federal de 1988

IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família

Nº- número

TJ- Tribunal de Justiça

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	01
2. DO CONCUBINATO	02
2.1 CONCUBINATO ADULTERINO	02
2.1.1 Evolução histórica.....	02
2.1.2 Conceitos e Definições.....	05
2.1.3 Concepção de família e entidade familiar.....	07
2.1.4 Concubinato x união estável.....	08
2.1.5 Casamento, União Estável e Concubinato No Direito Sucessório.....	10
2.1.6 Testamento e herança em favor do concubino.....	11
2.2. DO RECONHECIMENTO DE DIREITO SUCESSÓRIO AO(À) CONCUBINO(A) ADULTERINO(A)	14
2.2.1 Correntes contrárias.....	14
2.2.2 Correntes favoráveis.....	17
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS	21
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	25

O CONCUBINO NO DIREITO SUCESSÓRIO: Uma análise sobre o reconhecimento sucessório ao(à) concubino(a) adúltero(a)

Luana Rocha Oliveira¹

Paulo Henrique Reis Mattos²

RESUMO

Este trabalho analisa os direitos sucessórios do concubino. Tal abordagem é devida ao fato de não haver entendimento pacificado na doutrina tampouco nos Tribunais Superiores. O objetivo desta pesquisa é reunir os principais argumentos de cada corrente facilitando a conclusão do leitor. Este propósito será conseguido a partir da revisão bibliográfica, exame de jurisprudência e pesquisa documental seletiva. A análise evidenciou a necessidade de apreciação de cada caso concreto e a utilização de princípios basilares do Direito para resolução mais justa dos mesmos.

Palavras Chave: Concubino. Adulterino. Sucessões. Direito Sucessório.³

¹ Graduação em Direito pela FATEPS- Grupo Unis

² Professor orientador do presente trabalho. Paulo Henrique Reis de Mattos, Mestrado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) (2014), pós-graduação lato sensu pela Universidade Gama Filho (2009) e graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha (2002). É proprietário do escritório ReisMattos Advocacia. É professor da Faculdade Três Pontas (FATEPS), onde ministra aulas de Direito Civil I (Parte Geral), Direito Civil V (Reais), Direito Civil VI (Família), Direito Civil VII (Sucessões) e atua no Núcleo de Prática Jurídica, no âmbito da Prática Simulada Cível. É professor da Faculdade Cenecista de Varginha (MG) - FACECA, onde ministra aulas de Direito do Civil VI (Família), Direito do Civil VII (Sucessões) e Mediação, Conciliação e Arbitragem. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Processual Civil.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo científico propõe analisar o direito sucessório dos concubinos, comparando jurisprudência brasileira mais recente em relação aos anos passados, bem como analisando os posicionamentos doutrinários acerca do tema.

Observou-se assim, o impacto das relações paralelas no direito patrimonial e como o legislador buscou proteger o casamento e a família.

O objetivo deste trabalho é resumidamente elucidar e demonstrar a necessidade de haver, prontamente, a pacificação dos entendimentos a esse respeito e, conseqüentemente, caminhar para o fim dos embates sucessórios desta natureza nos tribunais.

O que se pretendeu essencialmente foi identificar quais fundamentos jurídicos justificam vedar a contemplação da concubina no testamento em caso de testador casado, de modo a analisar o artigo 1801, inciso III do Código Civil e suas repercussões práticas, bem como a omissão da legislação quanto à sucessão legítima.

Tal abordagem se faz necessária devido ao debate doutrinário e até mesmo jurisprudencial a respeito dos direitos sucessórios que possui o concubino, sendo necessária aplicação de princípios como da razoabilidade e boa-fé na análise de casos concretos.

Com a recorrência comum das relações de concubinato e a expressiva tendência da aceitação do conceito de família que fogem do “tradicional”, tornou-se latente a problemática com relação à sucessão do companheiro falecido e até que ponto se desconsideraria a concubina no momento de divisão de bens.

Considerando o narrado, será realizada uma breve digressão a respeito dos direitos sucessórios do concubino com utilização de pesquisas na bibliografia competente, podendo-se destacar, dentre eles, Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona.

Em seguida, analisar-se-á brevemente a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 que regula o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, também sob a perspectiva dos doutrinadores supramencionados.

Por fim, serão apresentados argumentos favoráveis e contrários à concessão de direitos sucessórios aos concubinos, analisando assim a posição dos tribunais superiores e como seus entendimentos evoluíram após grandes eventos como a promulgação da

Constituição de 1988 e a instituição do novo Código Civil de 2002, bem como pelo natural desenvolvimento dos vínculos sociais.

A metodologia que será utilizada consiste em pesquisa seletiva bibliográfica, análise documental, tais como revistas jurídicas e artigos científicos, bem como estudo da legislação vigente e exame de jurisprudências.

2. DO CONCUBINATO

2.1 CONCUBINATO ADULTERINO

Será feita uma breve explanação acerca do instituto do concubinato, tema muito discutido pelos civilistas nos dias atuais, cujos posicionamentos são bastante divergentes entre si e geram intensos debates dentro do Direito de Família, do Direito das Sucessões e até mesmo no Direito das Obrigações.

2.1.1 Evolução Histórica

Segundo o Direito Romano, ‘concubinato’ é uma expressão advinda do latim *cum* (com) *cubare* (dormir), cujo significado definia-se por: duas pessoas com sexos opostos, unidas como se casadas fossem as quais não se detinham às formalidades exigidas pelo Estado, tratando-se basicamente de uniões não oficiais. (DUARTE, 2020).

Justiniano, imperador redator do "Código Justiniano", do "Digesto", das "Institutas" e as "Novelas", que constituíram o Direito Romano estabeleceu que neste contexto, a concubina tinha direito de “herdar 1/24 do patrimônio do varão com quem vivia”, possuindo certa estabilidade e uma porção pequena de herança a herdar. (PINTO, 2007).

Conforme Maia (2007), anos após, na Idade Moderna, relevante mencionar a realização do Concílio de Trento, Cúpula da Igreja Católica entre 1545 e 1563, o qual buscou reafirmar os dogmas basilares do catolicismo, o qual regulamentou o casamento religioso como união legítima entre homem e mulher.

Também no século XVI, o casamento com efeitos civis foi regulamentado pela primeira vez na Holanda, surgindo assim, a necessidade de legislar também sobre uniões não matrimoniais, haja vista elementos como patrimônio e filhos trazerem à tona a complexidade das relações desta natureza. (MAIA, 2007).

À esse respeito trata Pontes de Miranda citado por Edgard Moura Bittencourt (1975):

(...) 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 esse 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. (MIRANDA *apud* BITTENCOURT, 1975, p.23)

Sendo assim, pode-se observar que apenas após a instituição do casamento civil é que as relações paralelas ao matrimônio, ou seja, a união entre duas pessoas, na qual pelo menos uma já é casada, passaram a ser consideradas ilícitas.

A instituição do casamento civil, no entanto, é considerada um marco histórico para as relações concubinas, que, nas palavras de Maia (2007) “deixou de ser somente um relacionamento com características poligâmicas, ganhando contornos de instituto capaz de produzir efeitos jurídicos.”.

Foi em meados do século XIX que despontaram as primeiras decisões judiciais que apreciaram pretensões de concubinas. Um julgado do Tribunal de Rennes, na França, no ano de 1883, na síntese de Bittencourt (1975):

(...) Sem nada a reclamar 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 morto, a título de serviços prestados e da contribuição de seus bens no acervo comum. (BITTENCOURT, 1975, p.33).

Já no Brasil, em meados do século XVI, o Padre Anchieta identificou que a mulher indígena convivia tranquilamente com o fato de seu companheiro ter relações poligâmicas. Para Gilberto Freyre, a poligamia foi elemento determinante para povoamento do país, ainda que configurassem muitas vezes relações exploratórias e sádicas entre europeus, africanos e indígenas. (MAIA, 2007).

Apesar das Ordenações Portuguesas desta época proibirem veementemente relacionamentos amorosos não fundados no casamento, sendo estes encarados como pecaminosos e até mesmo criminosos, com cominação de penas pecuniárias e de degredo para as colônias portuguesas, tais comportamentos passaram a ser tolerados em nome de povoar o território colonizado.

Séculos após, com o vigor do Código Criminal do Império de 1831, foi tipificado o crime de poligamia em seu artigo 294, tratando-se de contrair matrimônio duas ou mais vezes, sem ter dissolvido o primeiro, com penas cominadas de 01 até 07 anos de prisão. Também tipificava o crime de adultério com pena cominada de 01 a 03 anos de prisão, sendo na incorrência deste crime, punidos a pessoa casada e também seu concubino. (MAIA, 2007).

Vale dizer que o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890 conservou o mesmo conteúdo do artigo 250 do Código Criminal do Império, porém agora em seu artigo 279. (BEVILÁQUA, 1917). Posteriormente, em 1940 com a edição do Código Penal, o artigo 240 deste diploma manteve o adultério como crime, porém para ser considerado consumado bastava a mera violação do dever de fidelidade para ambos os cônjuges, sendo este artigo revogado apenas no ano de 2005 pela Lei nº 11.106.

Evidente que, conforme visto até este momento histórico, a única forma reconhecida de constituir família era através do casamento.

Para regulamentar questões desta natureza bem como de outras matérias cíveis é que se instituiu em 1916 o primeiro Código Civil Brasileiro, que passou a vigorar em 1º de Janeiro de 1917. Este código em seu artigo 183, incisos VI e VIII estabelece que não podem casar as pessoas casadas e o cônjuge adúltero com seu co-réu, por tal condenado.

Contudo, durante a vigência do Código Civil de 1916, o concubinato confundia-se com união estável, tendo inclusive sido conceituado por Bittencourt (1985) como uma união estável entre um homem e uma mulher, no mesmo ou em tetos diferentes, porém sem serem unidos pelo matrimônio. Os dois institutos (concubinato e união estável) foram posteriormente separados e melhor definidos, conforme se discorrerá mais adiante.

Finalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi possível notar um grande marco para o Direito de Família brasileiro que trouxe em seu bojo o artigo 226, o qual passou a considerar a “família” como ponto principal da tutela constitucional, não sendo o casamento considerado como a única fonte legítima de família. Dessa forma, foram reconhecidos outros modos de estruturação familiar, como por exemplo as famílias monoparentais e constituídas por união estável. (MAIA, 2007).

Em 1994 também foi editada lei que visava regulamentar relacionamentos não fundados no casamento, qual seja a Lei 8.971 a qual previa em seu artigo 1º caput e parágrafo único que a companheira comprovada de homem solteiro judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele conviver por cinco anos ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na lei n. 5.468/68, tendo igual direito e nas mesmas condições o

companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, tendo o legislador pela primeira vez dado ao convivente a pretensão de pleitear alimentos e direitos sucessórios.

Finalmente, em 2002, após inúmeras emendas e modificações, o projeto de lei nº 634 idealizado pela comissão liderada por Miguel Reale, entrou em vigor pela sanção do então presidente Fernando Henrique Cardoso, o novo Código Civil.

Desta forma, foi possível observar enorme avanço haja vista o novo código dissociar definitivamente o instituto da união estável do instituto do concubinato, tendo sido por diversas vezes, como já mencionado acima, tratados como iguais. Contudo, tal distinção será abordada em tópico posterior. (MAIA, 2007).

Logo, segundo Pereira (2016), a evolução histórica do concubinato no Brasil teve como marco mais importante a promulgação da Constituição Federal de 1988. Deste modo, o que era competência do Direito das Obrigações migra para o Direito de Família, quando se estabeleceu a expressão “união estável” no lugar de concubinato.

Para o mesmo autor, as Leis 8.971 de 1994 (a qual regulava o direito dos companheiros a alimentos e a sucessões) e 9.278 de 1996 (que regulamentou o §3 do art. 226 da CF) e a incorporação ao texto do Código Civil de 2002 de um título sobre união estável, consolidaram a compreensão dessa forma de família no ordenamento jurídico brasileiro. (PEREIRA, 2016)

2.1.2 Conceitos e Definições

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1727 definiu o concubinato como: "as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar (...)". Dessa forma, as hipóteses de impedimento para o casamento encontram respaldo no 1521, que aduz:

Art. 1.521: Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até terceiro grau, inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (Grifo meu) (BRASIL, 2002)

Basicamente, qualquer relacionamento que se encaixe nas hipóteses taxadas pelo artigo mencionado alhures podem ser consideradas como concubinato, com ênfase no que aduz o inciso VI, que será objeto a ser discorrido neste artigo científico especificadamente em relação aos direitos sucessórios.

A partir de tal regulamentação, muitos doutrinadores passaram a definir o concubinato, geralmente estabelecido como um relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que não cumprem o dever de fidelidade, por isso chamado de adúlterino, relação em que os envolvidos são chamados popularmente de “amantes”:

A esse respeito, Carvalho (2018) define amante como aquele que vive com homem ou mulher casado, sendo que este último está ao mesmo tempo com ambos, ou seja, não há uma separação de fato. Neste caso, há a formação de uma família paralela.

Antes da Constituição de 1988 a concubina era alguém que vivia uma união de fato por um grande período de tempo com outra pessoa do sexo oposto por inexistência de impedimentos matrimoniais entre os membros do casal, conhecido como “concubinato puro” ou então quando proibido pelo ordenamento, ou seja, havendo tais impedimentos, como “concubinato impuro”. (CARVALHO, 2014).

No entanto, nos dias atuais tais terminologias, quais sejam “puro” e “impuro” caíram em desuso, nas palavras de Lisboa (2013):

(...) os dias atuais quando nos referimos ao concubinato no Brasil, de uma forma ampla sem as modalidades de impuro ou puro, é unicamente o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que não cumprem o dever de fidelidade (adúlterino), também conhecido como “amantes”. “Ao acolher a união estável como entidade familiar, a constituição adotou a orientação de Álvaro Villaça (estatuto da família de fato) de proteger o concubinato não adúlterino e não incestuoso. (LISBOA, 2013, p.194).

Tendo isto dito, ainda que o texto constitucional não mais faça menção à família de forma geral e não apenas àquela que advém do casamento, em vários momentos o Código Civil imprime restrições a direitos dos concubinos, como nos artigos abaixo:

Art. 550: A doação do cônjuge adúltero a sua cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Art. 1.642: Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:
V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provados que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, e o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos.

Art.1801: Não podem ser nomeados nem herdeiros nem legatários:

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato há mais de cinco anos. (BRASIL, 2002)

Deste modo, surgem correntes tendentes a dois lados opostos: uma delas acredita que após o texto constitucional exprimir um novo conceito de família que não seja apenas pelo casamento, não mais haveria qualquer obstáculo legal para o reconhecimento de um relacionamento concubinário adulterino como uma entidade familiar, haja vista possuir os requisitos que prevê a lei para tanto; a outra corrente considera o concubinato uma relação que, por não poder ser convertida em casamento, é moralmente reprovável e contrária aos bons costumes.

2.1.3 Concepção de Família e entidade familiar

Primeiramente, vale promover uma diferenciação entre os termos “família” e “entidade familiar”. Este último é trabalhado no sentido mais estrito da palavra, sendo entendido como um núcleo familiar que abrange diversos arranjos familiares. Já o primeiro é entendido por seu sentido mais amplo. (FILHO, 2001).

Conforme já mencionado, o conceito de família foi ampliado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Mais precisamente o artigo 226, caput desta Carta Magna diz, *ipsis litteris*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”.

Para Diniz (2013) família é:

(...) complexo de normas que regulam a celebração do casamento sua validade, e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e tomada de decisão. (DINIZ, 2013, p.17).

O termo “família” pode também ser entendido por ter a dimensão que abranja todas as pessoas que têm um vínculo comum, sanguíneo, bem como que mantém um vínculo afetivo. (GONÇALVES, 2018).

Mesmo havendo tais definições, alguns doutrinadores entendem ser um conceito bastante mutável dentro da sociedade, suportando o Direito de Família todas essas mutações conceituais dos tempos modernos, estabelecendo assim outras formas de constituição familiar, diferente do tradicional (PEREIRA, 2015).

Deste modo, nas palavras de Oliveira (2020):

(...) o conceito de família vem tomando uma dimensão mais abrangente a cada momento, não se materializando apenas por laços consanguíneos, ou se concretizando pelo vínculo contratual da formação matrimonial perante o Estado. A família mostra-se cada vez mais ampla e é aceita pela sociedade em seus mais diferentes arranjos. (OLIVEIRA, 2020, p.12).

Fachin (2000) defende que, com o advento da Constituição Federal de 1988, a família, que outrora era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, passou por um processo de "repersonalização" e "despatrimonialização". Ela quer dizer que o indivíduo, que antes vivia para manter e fortalecer a instituição familiar, sendo este o núcleo feito para apropriação de bens, passou agora a reduzir o conteúdo patrimonial das relações, tendo a família se adaptado a novos valores.

Nos dias atuais, o que muito se observa é a grande quantidade de famílias “não matrimonializadas”, isto é, decorrentes de união estável ou mesmo famílias monoparentais. Quando, no entanto, a Constituição Federal de 1988 reconhece formalmente esta pluralidade, há a abertura para se abarcar diferentes fontes de família. (FACHIN, 2000).

Neste sentido, Maia (2007) assevera que família hoje em dia não pode mais ser considerada um “organismo inflexível, engessado pelas convenções sociais” devido ao fato de só se justificar enquanto “propulsora da dignidade humana”, e não por simplesmente assumir uma forma pré-estabelecida.

Neste íterim é que muitos doutrinadores consideram o relacionamento caracterizado como concubinato adúlterino perfeitamente aplicável ao conceito de entidade familiar, defendendo inclusive a proteção do Estado sob todos os enfoques.

Eles entendem que a perpetuação do tratamento indigno e hipócrita do instituto do concubinato adúlterino de nada é útil, e muitas vezes os efeitos obtidos são opostos aos que se buscou à priori. No pensar de Dias (2022), os vínculos afetivos concomitantes não deixam de existir por serem repudiados. Para ela, condená-los à invisibilidade somente privilegia o adúltero.

2.1.4 Concubinato x União Estável

Diz a Constituição Federal de 1988:

Artigo 226, §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 a sua conversão em casamento". (BRASIL, 1988)

Diz o Código Civil de 2002:

“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. (BRASIL, 2002)

O Código Civil, além do dispositivo acima, regula algumas regras básicas relacionadas à união estável em relação aos efeitos pessoais, como “lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos” e patrimoniais, levando-se em conta, no que couber, as regras do regime de comunhão parcial de bens.

Além disso, a lei faz questão de enfatizar que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no registro civil.

Lado outro, o artigo 1.727 do Código Civil claramente traz o conceito do concubinato, qual seja “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar(...)”. Deste modo, como já explicitado logo acima, é plenamente possível converter união estável em casamento, enquanto a relação de concubinato ocorre entre aqueles “impedidos de casar”.

Dias (2022) assevera que expressão concubinato é estigmatizada e preconceituosa e que no decorrer da história, sempre se ateu a uma relação pecaminosa e reprovável, sendo que carregar este “adjetivo” era quase uma depreciação moral.

Azevedo (2002) também define o concubinato como impuro se for adúltero, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de alguém casado que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato.

Sendo assim, a união estável pode ser definida como a relação afetivo-amorosa entre duas pessoas quando não adúltera e não incestuosa, que seja estável e duradoura intentada a constituir família sem o vínculo do casamento civil (podendo converter-se para um), enquanto o concubinato é a relação entre homem e mulher na qual existem impedimentos para o casamento. (PONZONI, 2008).

Para Veloso (2003, p.155), "(...) a união estável é uma relação afetiva qualificada, espiritualizada, aberta, franca, exposta, assumida, constitutiva de família; o concubinato, em regra, é clandestino, velado, desleal, impuro".

Deste modo, conclui-se que o casamento e a união estável têm início por existência de elo afetivo, contudo, diferenciam-se pelo modo de constituição. Enquanto o casamento é a concepção clássica constituída por ato solene, a união estável caracteriza-se pela união de fato entre pessoas cujo objetivo é de constituir família. Todavia, aos enlaces extramatrimoniais de pessoas que estejam impedidas de se casarem dá-se o nome de concubinato. (CIELO e FORTES, 2010).

2.1.5 Casamento, União Estável e Concubinato no Direito Sucessório

À priori, cabe ressaltar que o Direito das Sucessões trata da transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte de alguém aos seus sucessores, sejam eles legítimos ou testamentários. É, no entanto, regrado pelo chamado *droit de saisine* ou direito de saisine, ou seja, esta transmissão acontece automaticamente, no exato instante da morte do autor da herança. (CANDIL, 2006)

Em se tratando de Direito Sucessório em relação ao cônjuge, o artigo 1.845 do Código Civil prevê este como herdeiro necessário, nada mencionando, no entanto, a respeito do companheiro em caso de União Estável.

Há também previsão no artigo 1.829 a respeito da participação do cônjuge como herdeiro em concorrência com descendentes e ascendentes, caso em que com eles dividirá a herança. (Cabe ressaltar que o dispositivo não se aplica em caso do *de cuius* ter sido casado sob o regime da comunhão universal, ou se na comunhão parcial não deixou bens particulares, ou ainda na separação obrigatória de bens). (COSTA, 2021)

Ocorre que, ainda que o supramencionado dispositivo nada mencione a esse respeito, o Supremo Tribunal Federal em recente entendimento elenca que os companheiros passam a deter os mesmos direitos sucessórios do cônjuge, de modo a se enquadrar nas normas dos artigos 1.829 e seguintes do Código Civil.

Deste modo, em caso de União Estável, o companheiro também terá direito de concorrer com descendentes, ascendentes, e quando não houver concorrência, terá direito à totalidade dos bens. (PIRES, 2018).

Já em se tratando do concubinato, ainda que observada crescente recorrência da matéria nos tribunais, este instituto foi completamente excluído pela legislação brasileira, haja vista não haver qualquer menção às garantias ou direitos ao amante e sim o oposto, no sentido de imprimir restrições a esses direitos. (SILVA; ALEXANDRE; PAIVA, 2021).

O doutrinador Cahali (1993) expõe:

(...) No direito das sucessões, a concubina não foi equiparada ao cônjuge sobrevivente para os efeitos do art. 1.603 do CC: não reúne o §3º do art. 226 da CF, força e horizonte de modo a incluir a concubina ou companheira que conviveu com o autor da herança na sucessão legítima, equiparando-a diretamente ao cônjuge sobrevivente: a concubina não foi transformada em esposa legítima; não foi intenção do legislador constituinte, ao reiterar que a família como base da sociedade, merece especial proteção do Estado, unificar para todo e qualquer efeito jurídico a união estável sob uma só definição legal.(...). (CAHALI, 1993, p.44).

Também neste sentido, Miranda (2009) argumenta que a falta de legislação efetiva sobre o tema abordado é uma das “inúmeras máculas” do Direito brasileiro, porém o julgador não é eximido de analisar cada caso em concreto, tendo em vista que as relações amorosas plúrimas são uma inegável realidade atual.

No entanto, conforme já reiteradamente mencionado, objetivamente, no direito sucessório, a concubina não é contemplada com qualquer garantia, havendo inclusive previsão expressa quanto à, dentre outras proibições, de ser beneficiada por testamento em caso de testador casado (1801, inciso III, CC/2002).

2.1.6 Testamento e herança em favor do concubino

O artigo 1.801 está inserido no Livro V, Título I, Capítulo III do Código Civil de 2002. Este dispositivo traz a vedação expressa em seu inciso III de ser nomeada herdeira ou legatária a concubina de testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos. Vejamos sua redação, *ipsis litteris*:

Art. 1.801: Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:
III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; (BRASIL, 2002)

Conforme Bernardino, Silva e Lima (2021), esta proibição objetivou proteger a família legítima e coibir o adultério. Já para Diniz (2013), o objetivo do legislador foi impedir que parte do patrimônio do cônjuge que foi traído fosse diminuído. Nas palavras de Gomes (2020):

(...) visa efetivamente servir como mecanismo de proteção à família constituída, elidindo a dilapidação do patrimônio em favor de pessoa que mantém relação esporádica e espúria com o testador. (GOMES, 2020, p.29).

Adiante, o artigo 1.802 determina que serão nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas que não podem receber a herança. Em suma, o testador, havendo herdeiros necessários, pode dispor de até 50% de seus bens a qualquer pessoa, porém a disposição não terá validade se o beneficiário for seu concubino. (BRASIL, 2022).

Resumidamente, qualquer disposição testamentária que beneficie o concubino não é legalmente aceita, sendo considerado nula. Diz o artigo 1.900, V do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.900: É nula a disposição:

- I - que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;
- II - que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;
- III - que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;
- IV - que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;
- V - que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.** (Grifo meu) (BRASIL, 2002)

Deste modo, quanto aos direitos do concubino, não há que se falar em partilha de bens, seja pela omissão da legislação quanto à sucessão legítima, seja pela vedação expressa quanto ao testamento, a não ser que seja comprovado que este ajudou a manter ou construir o patrimônio do *de cuius* ou quando se puder demonstrar separação de fato por pelo menos 5 (cinco) anos.

Nesta senda, a respeito dos direitos sucessórios da concubina, Gagliano e Filho (2019) coadunam também com a aplicação do princípio da boa-fé em alguns casos concretos. (Por exemplo, caso um dos envolvidos desconheça a situação jurídica do seu companheiro).

Objetiva e sumariamente, a concubina não tem qualquer direito sucessório, sendo considerada ilegítima para ser beneficiada pelo testamento de testador casado.

Cabe ressaltar que tal disposição não abrange eventual prole que tenha a concubina constituído com o testador casado. Neste sentido é o teor da Súmula 447 do Supremo Tribunal Federal: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adúlterino do testador com sua concubina”. (CANDIL, 2006).

Contudo, é importante analisar o chamado “esforço comum”, outra circunstância (além da separação de fato) que o concubino sucede o *de cuius*. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380, nesse sentido: “Comprovada a existência da sociedade de

fato, entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. (ARRUDA, 2016).

O esforço comum, para a doutrina é dividido entre direto e indireto, sendo que o primeiro consiste em efetivamente empregar economicamente esforços na construção do patrimônio, enquanto o último diz respeito ao apoio moral, ajudando-o indiretamente à manter e adquirir patrimônio. Nas palavras de Gomes (2002):

(...) Quando algum dos integrantes da relação concubinária demonstra a colaboração direta de ambos como sendo o fator que possibilitou o aumento patrimonial, o problema se torna mais fácil de ser solucionado com a equiparação à sociedade de fato. No caso do esforço comum não ter ocorrido de modo direto, porém, de forma indireta, o que ocorre na maior parte dos casos com a mulher, se a mesma provar que o aumento patrimonial só ocorreu com base no suporte doméstico prestado por ela, poderá exigir indenização por serviços prestados durante o tempo da vigência da relação. (GOMES, 2002, p.3).

Deste modo, para esta autora, caso o esforço seja direto, ou seja, ajuda material para adquirir ou manter patrimônio, torna-se menos dificultosa a aplicação da Súmula. Já em se tratando do esforço comum de modo indireto, as discussões acerca do tema se acirram ainda mais.

Um exemplo do chamado esforço comum indireto seria o reconhecimento de que o concubino prestou serviços domésticos em favor da família e tem o direito de receber uma parte do patrimônio comum formado. No caso concreto, muito se pleiteia quanto à indenização pelos serviços prestados. Todavia, trata-se de um meio bastante criticável entre os doutrinadores. (ABRANTES, 2004).

Na plataforma “Jurisprudência em teses”, sobre o concubinato, o STJ reafirmou o entendimento de não concessão da aludida indenização:

Não há possibilidade de se pleitear indenização por serviços domésticos prestados com o fim do casamento ou da união estável, tampouco com o cessar do concubinato, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento. (BRASIL, tese 1447 STJ)

Parafraseando Dias (2022), a indenização por serviços prestados é um meio perverso de “recompensar” a concubina, haja vista a pretensão indenizatória pressupor a existência de dano, e pior, que o que existiu não foi uma relação baseada em afetividade e amor, mas sim uma relação de mais-valia, consubstanciada em troca de favores,

principalmente sexuais, o que evidenciaria ainda mais o estigma que carrega o concubinato adúltero.

Para muitos, trata-se de violação do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo considerado meio “vexatório” e “degradante” de recompensar a concubina por sua contribuição indireta na aquisição de patrimônio do *de cujus*. (FERRAZ, 2008).

Expõe Pereira (2016) que "falar em indenização por serviços prestados seria o mesmo que admitir cobrar por serviços de natureza amorosa e sexual, inadmissível para o Direito."

Considerando todo o exposto, para dizer o essencial, o concubino não possui direito sucessório regulado em legislação, conseqüentemente, não há que se falar em direitos à herança. (ARRUDA, 2016).

Todavia, a jurisprudência vem se posicionando no sentido de observar de antemão a boa-fé, o esforço comum e até mesmo a durabilidade do relacionamento, obviamente observando as particularidades de cada caso concreto, motivo pelo qual ainda não há entendimento pacificado nos tribunais superiores.

2.2 DO RECONHECIMENTO DE DIREITO SUCESSÓRIO AO(A) CONCUBINO(A) ADÚLTERO(A)

Importante aqui fazer um adendo importante: conforme já mencionado alhures, é possível observar uma subdivisão apresentada pela doutrina no instituto do concubinato, sendo este o concubinato de má-fé e de boa-fé.

O concubinato de boa-fé pode também ser chamado de união estável putativa. Neste caso, uma das partes ignora o outro relacionamento de seu parceiro, acreditando estar em um relacionamento único, sem perceber que, na realidade, está vivendo união paralela. Já no concubinato de má-fé, o concubino tem ciência da outra relação anteriormente estabelecida por seu parceiro. (FERRAZ, 2008)

Estabelecida tal divisão, adentrar-se-á nas correntes contrárias e favoráveis à concessão de direitos ao concubino.

2.2.1 Correntes Contrárias

O que se observa na doutrina é que, apesar de ser uma corrente relativamente minoritária, alguns doutrinadores manifestam fundamentos discordantes à concessão de

direitos sucessórios ao concubino. Para Alves (2020), esse posicionamento se deve à uma vertente tradicional da doutrina, muitas vezes ligada à preceitos religiosos.

Ainda antes de ser promulgada a Constituição Federal de 1988, os debates acerca de direitos patrimoniais da concubina já aconteciam, sendo possível observar a visão conservadora supracitada. Nesse ínterim, asseverou o Ministro Cordeiro Guerra:

(...) Não é possível que a família seja entregue aos caprichos sentimentais dos homens desatentos aos seus deveres conjugais (...). Seria uma heresia jurídica, que atingiria os fundamentos da moral constituída. (BRASIL, 1975).

Madaleno (2013), não acredita ser possível haver lealdade em uniões plúrimas. Ele afirma que a união de um casal deve ser pautada em identificação de uma única família, preservando, desta forma, valores éticos, sociais, morais e religiosos característicos da cultura ocidental. Para Madaleno (2013), contrariar o dever matrimonial de fidelidade desordenaria os valores que, em suas próprias palavras “estruturam a estabilidade matrimonial e que dão estofo, consistência e credibilidade à entidade familiar, como base do sustento da sociedade.”.

A doutrinadora também concorde a essa corrente, Diniz (2013), aduz que o dever moral e jurídico de fidelidade tem origem no caráter monogâmico do casamento e nos “interesses superiores da sociedade”, constituindo um dos alicerces da vida conjugal e da família constituída pelo casamento, sendo o adultério, deste modo, uma violação do dever matrimonial.

Vale dizer que consta como dever de ambos os cônjuges no artigo 1.566, inciso I do Código Civil, a fidelidade recíproca, o que é utilizado por diversos doutrinadores para dar respaldo ao seu entendimento. Veja-se a redação do artigo, *ipsis litteris*:

São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos. (Grifo Meu)

Nas palavras de Simões (2007, p.43): “(...) o dever de lealdade estabelecido entre os adeptos ao enlace conjugal, é um atributo de condição permanente, capaz de gerar sanções, quando deixados de serem observados.”.

É possível perceber, no entanto, que, para as correntes contrárias à concessão de direitos sucessórios (e outros) ao concubino, há uma atenção especial ao chamado princípio da monogamia, tratando-se, como já supramencionado, de um modelo ocidental de relacionamento interpessoal. Deste modo, o concubino neste tipo de sociedade (essencialmente monogâmica) não tem lugar oficial. (PEREIRA, 2016).

Cavalcanti (2004) também coaduna com a corrente contrária ao reconhecimento de direito dos concubinos. Ela afirma não haver espaço para abrigar no Direito de Família situações de sociedade de fato. Essa autora justifica esse pensamento aduzindo que, ao fazer isso, os aspectos morais, sociais e religiosos estariam sendo abandonados, o que não pode ocorrer, pois ainda estão presentes na sociedade brasileira.

Ascende, destarte, nesta corrente doutrinária, o entendimento de que a relação adúlterina configura, sem sombra de dúvida, um fato social capaz de gerar efeitos jurídicos, mas esses efeitos se restringem ao Direito das Obrigações, jamais sendo alcançados pelo Direito de Família, se levado em conta o modelo puro de entidade familiar. (MADALENO, 2022).

No pensamento de Wolf (2004), tratar uniões adúlteras como entidades familiares seria normalizar o imoral já socialmente condenável, colocando em risco segurança das relações familiares e sendo a família a base da sociedade e fundamental para a própria sobrevivência do ser humano, as relações simultâneas não podem ser aceitas. Nesse diapasão, Alves (2020) inferiu quando à poligamia e a monogamia:

(...) É um paradoxo para o Direito proteger as duas situações concomitantemente. Isto poderia destruir toda a lógica do nosso ordenamento jurídico, que gira em torno da monogamia. Isto não significa uma defesa moralista da fidelidade conjugal. Trata-se de invocar um princípio jurídico ordenador, sob pena de desinstalar a monogamia. (PEREIRA, 2020, p.13).

Sendo assim, segundo a vertente contrária ao reconhecimento de direitos, a relação paralela existe na clandestinidade, não necessitando ser reconhecida publicamente como família. Trata-se, nesta senda, de uma relação incapaz de configurar uma entidade familiar, tendo em vista valer-se de má-fé haja vista não se romper o vínculo matrimonial. (MARQUES *apud* RUZYK, 2017).

No entender de Miranda (2011), a relativização da interpretação de conceitos como “casamento”, “união estável” e “concubinato” é extremamente prejudicial ao Direito de Família, perdendo completamente seus critérios e referências para se tornarem

meros parâmetros gramaticais de situações de fato que certamente irão se modificar com o passar do tempo.

Para a mesma autora supramencionada, o casamento é a base para formação da família, tendo em vista que a promessa e compromisso de direitos, deveres, mútua colaboração, doação, comunhão plena de vida e amor são inerentes à sua constituição.

Ela ainda acrescenta que o concubinato não pode ser considerado família nem mesmo entidade familiar, haja vista ser fruto da quebra de confiança, fidelidade e de comunhão plena de vida entre o casal. Em seu artigo, faz ainda menção à “ousada”, como assim denomina, lição do doutrinador Miranda (2011):

(...) Quem não é cônjuge não se torna cônjuge pelo fato de ser tratado como tal. Ser criado como filho não é ser filho. Ter bens em comum com o cônjuge não é estar sob o regime matrimonial da comunhão. Pode se ser membro da família sem se viver na mesma casa e, até, sem se conhecerem os próprios irmãos. As tentativas de dilatação do círculo família fracassam sempre. **Cada vez o círculo família diminui, nas relações da vida.** (Grifo meu) (MIRANDA *apud* MIRANDA, 2011, p.132).

Já em se tratando do posicionamento dos Tribunais, a tendência majoritária ainda é no sentido de não reconhecer o concubinato como entidade familiar, logo, não lhe conferir direitos, inclusive sucessórios, tendo como fundamento o princípio da monogamia e ameaça à família, apesar de não ser unanimidade entre os julgadores. (AGUIAR, 2019).

Pelo que foi exposto, se conclui que, para essa vertente, não há que se falar em Direito de Família, logo, não há também que se falar em sucessão. Isso, pois acreditam os autores desta linha, que as questões patrimoniais envolvidas se tratam de puramente Direito das Obrigações, de modo a excluir o concubino da aquisição de direitos hereditários, preservando assim o casamento e a família.

Destarte, acerca dos fundamentos acima discorridos, é possível concluir que as uniões simultâneas estão longe de um consenso quanto ao reconhecimento como forma de família, logo, da aquisição de direitos sucessórios. (RIBEIRO, 2016).

Isso se dá pelo enfrentamento de valores que, nas palavras de Ribeiro (2012, p.20) “(...) ainda guardam resquícios de uma datada moral religiosa e de um Estado protecionista ao patrimônio da família hierarquizada, monogâmica e fundada no casamento.”.

2.2.2 Correntes Favoráveis

Lado outro, existe a corrente doutrinária, já hoje em dia majoritária, que considera conservador e preconceituoso o pensamento exposto acima, ou seja, aquele que, a qualquer custo, nega os efeitos gerados pelo concubinato.

A doutrinadora Dias (2022) diz inclusive que esse posicionamento enfatiza a discriminação principalmente contra a mulher, pois a mesma acaba sendo punida em nome de preservar o que se convencionou chamar de “moral” e “bons costumes”, sendo algo extremamente vantajoso àquele que traiu. Essa doutrinadora ainda sustenta a tese de que negar a existência de famílias paralelas é simplesmente tentar fazê-las desaparecer, o que faz o Judiciário cometer grandes injustiças.

Em razão da ausência de legislação específica quanto ao reconhecimento de direitos sucessórios da concubina, há uma violação do princípio da dignidade humana, o qual neste contexto, busca afastar a possibilidade de existência de tratamento diferenciado e desigual entre as entidades familiares. Sendo assim, o concubino ao desencadear laços de afetividade com alguém, evidencia o instituto familiar, segundo consta o princípio do pluralismo recepcionado pela Constituição Federal de 1988. (SILVA; ALEXANDRE; CASTELLO BRANCO; PAIVA, 2021).

Lôbo (2011) reafirma a mesma posição ao dispor que:

(...)Não há necessidade de degradar a natureza pessoal da família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo. Os conflitos decorrentes pelas entidades familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do direito das famílias e não do direito das obrigações -tanto os direitos pessoais quanto os direitos patrimoniais e os direitos tutelares. (LÔBO, 2011, p.149-150).

Para Lara (2021), a monogamia, tão defendida pela corrente contrária, trata-se de uma mera construção social que apenas mantém privilégios do homem, enfatizando assim os resquícios do patriarcado, tão latentes na sociedade contemporânea.

Sendo assim, a monogamia não é princípio, conforme afirmam alguns doutrinadores mais conservadores, e sim um preceito moral que sequer foi contemplado pela Constituição Federal, nem mesmo implicitamente. (LARA *apud* DIAS, 2021).

Nessa direção, Rosenvald (2018) infere que as disposições que vedam direitos à concubina constituem uma espécie de interdição parcial de um sujeito plenamente capaz,

tendo em vista que retira dele o direito de dispor livremente de seu patrimônio, como se fosse incapaz para tanto. Deste modo, trata-se de determinação abusiva e desnecessária.

Alguns posicionamentos também invocam até mesmo o princípio da equidade, entendendo ser papel dos operadores do direito observá-lo em paralelo com as especificidades do caso concreto, abstendo-se de julgamentos morais. Isso porque a culpa ou traição no Direito de Família está cada vez mais perdendo espaço, bem como opiniões com cunho moralista e religioso. (AGUIAR, 2019).

Todavia, a autora Lara (2021) em seu texto “Patriarcalismo e monogamia: a desproteção das famílias paralelas como consequência do modelo patriarcal de família” traz uma reflexão interessante: não seria o indivíduo que vive em prol da família e sim o contrário, a família seria um instituto adaptável aos seus membros:

(...) Pondera-se, ainda, que a família atual não é uma instituição pela qual os membros vivem em prol, mas o raciocínio inverso: a família serve aos seus componentes, de modo a ser estufa para seu desenvolvimento. O que se protege, principalmente, são as pessoas que compõem o instituto. Proteger umas em detrimento de outras seria incorrer na quebra de diversos princípios da Constituição, tais como o da dignidade humana, da pluralidade das entidades familiares e da igualdade. (LARA, 2021)

À vista disso, princípios como dignidade da pessoa humana, igualdade e afetividade devem ser observados e alcançados pelas relações concubinárias de modo a serem reconhecidas como família e com todos os direitos a ela inerentes, inclusive direitos sucessórios. Seria impertinente aduzir que isso retiraria direitos do cônjuge quando na verdade seria retirar do esquecimento as relações afetivas existentes. (MARQUES, 2017).

Aguiar (2019) traz à tona questionamentos pertinentes sobre o tema:

(...) se não pode haver distinção entre filhos, como dizer para alguém que nasceu de uma união concubinária (sendo esta estável, pública e duradoura) que as pessoas que a criaram jamais formaram uma família? [...] A resposta negativa de configuração da família nesses casos pode ser justificada pelo princípio da legalidade e pela observação de formalidades? Haveria então conexão do problema supracitado com uma suposta supremacia formal do casamento? (AGUIAR, 2019, p.33-34).

Em vista disso, reconhecer os relacionamentos com origem concubinária como espécie de família com todos os direitos dela inerentes (inclusive sucessórios) seria um passo importante, tendo em vista não caber ao Estado alcançar a esfera privada dos

indivíduos em prol de aplicar friamente da lei, excluindo impiedosamente a parte vulnerável da relação. Fazer isso, portanto, seria desconsiderar o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que este, teoricamente, supera as relações patrimoniais. (RIBEIRO, 2012)

Para Gonçalves (*apud* SIMÕES, 2007) o direito de família seria, entre todos os outros ramos do direito, o mais humano de todos eles, devendo ser dado tratamento mais humanitário às relações familiares e também adequado à realidade social, tendo em vista as mutações naturais dos arranjos familiares, cada vez mais plurais.

Os Tribunais, conforme já mencionado, ainda adotam posicionamentos majoritariamente contrários à concessão de direitos patrimoniais, inclusive sucessórios, ao concubino. No entanto, é possível observar posições inovadoras, tendenciosas à corrente favorável, decisões essas cada dia mais frequentes, a se destacar aqui o voto da relatora Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Catarina Rita Krieger, em Agravo de Instrumento nº 70010698074:

(...) Não se está com isso querendo premiar toda e qualquer relação adúlterina, mas sim, diante do caso concreto, avaliar se a relação concubinária não pode ser considerada como um novo núcleo familiar, recebendo, por conseguinte, tratamento equiparado à união estável. O substrato legislativo infraconstitucional que condena a poligamia pode sim ser afastado por princípios constitucionais. (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

Ademais, Ferraz (2008) afirma que dentre os casos levados à apreciação do Judiciário, preenchem, em sua maioria, os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, sendo assim, fazem jus a proteção jurídica como entidade familiar.

Todavia, a moralidade tão presente na sociedade atual, advinda do modelo patriarcal de família, ainda é um grande obstáculo para que o Estado tutele as situações de fato, como por exemplo as uniões decorrentes do concubinato. Deste modo, os membros do núcleo familiar restam-se completamente desprotegidos. (LARA, 2021).

Muito desta corrente doutrinária cita o afeto como sendo um critério determinante para reconhecer o concubinato como um modelo de família, logo, um instituto passível de proteção do Estado e aquisição de direitos sucessórios.

Stolze Gagliano (2014) reafirma esse entendimento ao asseverar que a família, pelo entendimento da doutrina civil-constitucional traduz uma comunidade de existência formada por afeto e não apenas um produto da técnica legislativa. Sobre este mesmo

enfoque, Dias (2022) afirma que as relações concubinas poderão também se basear pelo afeto, apesar de adúlteras, e, portanto, gerar consequências jurídicas.

Muitos dos princípios mencionados, como o princípio da dignidade humana, princípio da afetividade, princípio do pluralismo familiar, dentre muitos outros, são norteadores do Direito de Família e a base para as correntes favoráveis à concessão de direitos sucessórios à concubina. Entretanto, o princípio da boa-fé é o que mais interessa aos doutrinadores e também a jurisprudência contemporânea.

Stolze Gagliano (2014) afirma categoricamente ser medida de “inegável justiça”, a proteção jurídica do concubino pelo Direito de Família, casos em que este desconhecer o estado de casado ou de união estável de seu parceiro, aplicando-se assim, o princípio da boa-fé. Isso porque, neste caso, se daria uma relação conhecida pela doutrina como “união estável putativa”, semelhante à situação que acontece com o casamento.

Madaleno (2013), nesse seguimento expõe que, em caso de boa-fé do concubino, se porventura seu parceiro falecer na constância da união estável putativa, poderá este se habilitar à herança do *de cujus* em relação aos bens comuns, caso concorrer com os descendentes, ou a totalidade da herança, caso concorrer com outros parentes.

Entretanto, caso o concubino conhecia a situação de casado ou de união estável de seu parceiro, estabelecendo-se um cenário conhecido pela doutrina como concubinato de má-fé, a concessão de direitos sucessórios torna-se um tema muito mais complexo.

O posicionamento de Stolze Gagliano (2014) a esse propósito é, afinal, que uma união paralela fugaz movida por química sexual ou adrenalina não levam inicialmente a uma tutela jurídica. Porém, quando a relação paralela se prolonga no tempo e cria sólidas raízes de convivência, não há que se negar a tutela, tendo em vista o vínculo profundo e constante que se estabeleceu, sendo que em muitos casos a concubina, ao longo da união, contribui para a construção do patrimônio de seu parceiro, fazendo jus à proteção da justiça.

Sendo assim, para ele, sempre necessário apreciar o caso concreto em todas as suas nuances, observando todas as suas peculiaridades e levando-se em conta diversos critérios para tanto. Essa análise irá recair também sobre qual ramo do Direito Civil irá apreciar as demandas acerca deste tema: Direito das Obrigações ou Direito de Família.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria Tridimensional do direito apresentada por Miguel Reale, se baseia na correlação de três fatores independentes: FATO, VALOR e NORMA. Sendo assim, um fenômeno que se manifeste em uma sociedade sendo presente a tal ponto que passe a ter valor para ela, modifica também o mundo jurídico de modo tal, que se cria uma norma para regulamentá-lo. Porém, sabe-se que até um fato adquirir valor e se tornar norma, há um longo percurso e muitas vezes o Direito não consegue acompanhar as mudanças sociais com velocidade suficiente. (ROQUE, 2017).

A família, conforme visto outrora, se modificou ao longo do tempo e o modelo tradicional decorrente do casamento deixou de ser o único merecedor de proteção do Estado. Especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, outros arranjos de família passaram a ser aceitos, logo, protegidos pela legislação.

No entanto, o concubinato permaneceu, conforme afirmam alguns doutrinadores, em um “limbo jurídico”, restando omissa pela Constituição e, posteriormente, o Código Civil de 2002 imprimiu diversas vedações expressas quanto à aquisição de direitos aos concubinos.

Ao longo deste trabalho, à vista disso, discorreu-se brevemente sobre a evolução do concubinato desde sua origem etimológica pelo Direito Romano até os dias atuais. Após, foram apresentados alguns conceitos, como do próprio instituto do concubinato, de família e de entidade familiar. Em seguida foram apresentadas distinções entre a união estável e o concubinato bem como a maneira que esses institutos são tratados pelo Direito Sucessório.

Ulteriormente, apresentou-se os posicionamentos divergentes entre os doutrinadores civilistas e na jurisprudência dos tribunais superiores. A posição mais conservadora é contra reconhecer o concubinato como entidade familiar e logo, contra a concessão de direitos sucessórios. O principal argumento é a própria moralidade e o sistema monogâmico, pois acreditam os autores serem valores que a sociedade atual não está disposta a renunciar.

Lado outro, há uma posição mais progressista, que é favorável ao direitos sucessórios do concubino, pois trata-se de uma entidade familiar como qualquer outra, passível de gerar consequências jurídicas. O principal argumento é que há uma discriminação da legislação, que deixa desprotegido todos os indivíduos do núcleo familiar e favorece aquele que traiu.

Entretanto, foi possível observar também posição mais moderada, qual seja analisar a boa-fé ou a má-fé do concubino. No concubinato dito de boa-fé, o concubino

desconhece a situação de casado de seu parceiro, estabelecendo-se uma união estável putativa, merecedora de todo respaldo jurídico. Já em caso de concubinato de má-fé, o concubino conhece a situação de casado de seu parceiro, o que deve ser mais cuidadosamente analisado em cada caso concreto.

Acontece que, as uniões constituídas fora dos "sagrados laços do matrimônio" são uma realidade (bastante recorrente, diga-se de passagem) que não pode ser desprezada pelo Direito. Não obstante, é entendível a vertente que defende veementemente a análise de cada caso concreto, não havendo um posicionamento unânime ou mesmo passível de pacificação e que seja capaz de abarcar cada situação de concubinato.

Por isso, conforme a Teoria Tridimensional do Direito, não se trata este de uma ciência exata, e sim de valores (sempre mutáveis) de uma sociedade materializados em normas jurídicas, que devem ser adaptadas a realidade social, por óbvio, mas respeitando também os princípios morais. Ora, não se pode esquecer que a Moral também é fonte do Direito.

Deste modo, o que se observa é que há a necessidade de aplicação da Razoabilidade diante de cada caso que se apresenta, haja vista cada um deles possuir peculiaridades únicas que somente uma análise criteriosa é capaz de sanar. Não há meios de se estabelecer um único entendimento que valha para cada situação de concubinato. No entanto, evoluir o Direito conforme a sociedade evolui é um meio possível que deve sempre ser buscado e almejado por aqueles que o operam.

Isto posto, conclui-se que debates acerca deste tema estão longe de se pacificarem, mas uma coisa é certa: as relações interpessoais entre os indivíduos de uma sociedade impulsionam as mudanças sociais e enfatizam a complexidade dos membros que a compõem. Deste modo, a norma (quase) nunca conseguirá acompanhar todas essas mutações, pois os valores, essenciais ao seu estabelecimento, estão adstritos a cada caso específico.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, juiz de direito, em uma palestra, oportunamente mencionou um trecho de uma canção composta pelo poeta Djavan, “Faltando um pedaço”:

(...) O amor é como um raio
Galopando em desafio
Abre fendas cobre vales
Revolta as águas dos rios
Quem tentar seguir seu rastro
Se perderá no caminho (...) (FILHO, *apud* DJAVAN)

ABSTRACT

This subject analyzes the inheritance rights of the concubine. This approach is due to the fact that there is no pacified consensus in the doctrine or in the higher Courts. The objective of this research is to gather the main arguments of each side, facilitating the reader's conclusion. This purpose will be achieved from the literature review, jurisprudence examination and selective documentary research. The analysis proved the need for an appreciation of each specific case and the use of basic principles of Law, for a fairer resolution of them.

Keywords: Concubinus. Adulterous. Successions. Succession Law.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, Neusa Monique Dantas Lutfi de. **União estável: a Indenização por serviços domésticos prestados.** Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4820/1/arquivo7131_1.pdf>. Acesso em: 02.ago.2022

AGUIAR, Tailândia Teodoro. **Análise do reconhecimento civil às famílias resultantes de Concubinato Adulterino: da ausência de proteção à necessidade de regulamentação jurídica.** 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/44539/1/2019_tcc_ttaguiar.pdf>. Acesso em: 09.ago.2022

ALVES, Brenda Fernanda. **Direito Civil: reflexos patrimoniais do concubinato.** 2020. Disponível em: <<http://45.4.96.19/bitstream/ae/9988/1/BRENDA%20FERNANDA%20ALVES.pdf>>. Acesso em: 03.ago.2022

ARRUDA, Flaviany Hortência Pontes. **O direito da concubina sobre a herança do cônjuge.** Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj056565.pdf/consult/cj056565.pdf>>. Acesso em: 16.maio.2022

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BERNARDINO, Letícia Rodrigues; SILVA, Paulo Henrique Lora Gomes da; LIMA Breno Azevedo. **Amante não tem lar? Estudo sobre o Direito Sucessório da Concubina nas Cortes Superiores.** 2021. Disponível em: <<http://revista.irdcivil.com.br/index.php/RIRDCvil/article/view/8/4>>. Acesso em: 29.jul.2022

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol.2.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917.

BITTENCOURT. Edgard de Moura. **Concubinato.** 1975.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. (Vide Lei nº 8.971, de 1994). Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Tese nº 1447.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rec. Ext. nº 81.707-RJ**, relator Min. Cordeiro Guerra, à unanimidade, datado de 12 set. 1975. In RTJ n. 75, p. 965-8

CAHALI, Yussef Said. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, 1993.

CANDIL, Thatiana de Arêa Leão. **A União Estável e o Direito Sucessório**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/cp041174.pdf>>. Acesso em: 18.jul.2022.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: ATLAS, 2014.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável, requisitos e efeitos pessoais**. Manole; São Paulo, 2004.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; FORTES, Fernanda Netto Tartuci Lorenzi. **Os Institutos do Casamento, da União Estável e do Concubinato**. Disponível em: <http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/785b657addab16214e5cb9e8873617e1.pdf>. Acesso em: 29.jun.2022

COSTA, Maria Aracy Menezes da. **O Direito Sucessório no Casamento e na União Estável No Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-80218702198>. Acesso em: 18.jul.2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15 ed: Editora Juspodivm, 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5- 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUARTE, Nayane Gonçalves dos Santos. **Concubinato e União Estáveis: Direito Romano e Brasileiro**. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/concubinato-e-uniao>>. Acesso em: 13.maio.2022.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo)**. 2000. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/1884/75481>>. Acesso em: 29.jun.2022

FERRAZ, Paula Carvalho. **O Concubinato e uma perspectiva de inclusão constitucional**. 2008. Disponível em:

<<https://ibdfam.org.br/artigos/470/O+Concubinato+e+uma+perspectiva+de+inclus%C3%A3o+constitucional>>. Acesso em: 02.ago.2022

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. **Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/195.pdf>>. Acesso em: 18.maio.2022

FRAZÃO, Dilva. **Justiniano Imperador bizantino**. Disponível em: <<https://www.ebiografia.com/justiniano/>>. Acesso em 12.maio.2022

GAGLIANO, Pablo, Stolze. **Direitos da (o) Amante – na teoria e na prática (dos Tribunais)**. 2014. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/Pablo_amante.pdf>. Acesso em: 30.ago.2022

GAGLIANO, Pablo, Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil- Volume Único**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Cristiane Trani. **CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS DO CONCUBINATO ADULTERINO**. 2002. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/158.pdf>. Acesso em: 29.jul.2022

GOMES, Tailini de Oliveira. **Sucessão Testamentária e seus Aspectos Jurídicos**. 2020. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/6364/TCC%20Tailini%20de%20Oliveira%20Gomes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29.jul.2022

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 15 ed. volume 6. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LARA, Luisa Abreu. **Patriarcalismo e monogamia: a desproteção das famílias paralelas como consequência do modelo patriarcal de família**. 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1663/Patriarcalismo+e+monogamia%3A+a+desprote%C3%A7%C3%A3o+das+fam%C3%ADlias+paralelas+como+consequ%C3%A4ncia+do+modelo+patriarcal+de+fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 04.ago.2022

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil: famílias**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MADALENO, Rolf. **A UNIÃO (INS)ESTÁVEL (RELAÇÕES PARALELAS)**. Disponível em: <<https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-uniao-ins-estavel-relacoes-paralelas>>. Acesso em: 04.ago.2022

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Forense, 2013.

MAIA, Fabiana Meira. **Concubinato Adulterino: Panorama histórico e disciplina jurídica a partir do Código Civil de 2002**. Disponível em:

<<https://ibdfam.org.br/artigos/321/CONCUBINATO+ADULTERINO%3A+Panorama+hist%C3%B3rico+e+disciplina+jur%C3%ADdica+a+partir+do+C%C3%B3digo+Civil+de+2002>>. Acesso em 12.maio.2022.

MARQUES, Laís Arcanjo do Nascimento Teixeira. **O Reconhecimento do Concubinato como entidade familiar e as respectivas consequências no Direito Sucessório.** 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11417/1/LANT27112017.pdf>>. Acesso em: 04.ago.2022

MIRANDA, Ana Carolina Belitardo de Carvalho. **Direitos da Concubina.** Revista do CEPEJ, n. 10, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/37552/21437>>. Acesso em: 18.jul.2022.

MIRANDA, Roberta Drehmer de. **Reflexões Críticas sobre o instituto do Concubinato no Direito Brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – nº 28, 2011.

OLIVEIRA, Jéssica Maria da Conceição. **A Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Diferentes Tipos e o Reconhecimento pelos Tribunais.** 2020. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/10022/1/J%C3%89SSICA%20MARIA%20DA%20CONCEI%C3%87%C3%83O%20OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 18.maio.2022

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família.** 23 ed. volume V. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<https://revistajuridicas.pgskroton.com.br/article/view/1379/1320>>. Acesso em: 18.maio.2022

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável.** Saraiva Jur 9ª ed. 2016.

PINTO, Agerson Tabosa. **A união estável Brasileira e suas raízes romanísticas.** Revista Jurídica Da FA7, v. 4, p. 65-79, 2007. Disponível em: <<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/201>>. Acesso em 12.maio.2022

PIRES, Marielle Costa. **Direito Sucessório: a sucessão no casamento e na união estável.** Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/648/1/Monografia%20-%20Meirielle.pdf>>. Acesso em: 18.jul.2022

PONZONI, Laura de Toledo. **Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato.** Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/461/Fam%C3%ADlias+Simult%C3%A2neas:+Uniao+Est%C3%A1vel+e+Concubinato%22>>. Acesso em: 29.jun.2022

RIBEIRO, Bruna. **Direitos do Concubinato.** 2016. Disponível em: <<https://brunaribeiro00.jusbrasil.com.br/artigos/325015216/direitos-do-concubinato#:~:text=No%20tocante%20%C3%A0%20sucess%C3%A3o%2C%20o,apenas%20com%20o%20companheiro%20sobrevivente>>. Acesso em: 02.ago.2022

RIBEIRO, Paulo Alexandre Becher Deiab. **Uniões simultâneas e a partilha de bens: cultura, sociedade e o estado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/490/375>>.

Rio Grande do Sul, TJ, Oitava Câmara Cível, **Agravo de Instrumento 70010698074**, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, j. 07/04/2005.

ROQUE, Nathaly Campitelli, GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Tridimensional do Direito.** 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria>>. Acesso: 31ago.2022

ROSENVALD, Nelson. **Art. 550 CC/2002.** In: PELUZO, Cezar (coord.) Código civil comentado : doutrina e jurisprudência. - 12. ed., rev. e atual. - Barueri [SP] : Manole, 2018.

SILVA, Matheus Jordão Nascimento da; ALEXANDRE, Ítalo Gabriel Moura; CASTELLO BRANCO, Francisca Juliana; PAIVA, Evaristo de. **O Concubinato e o Direito De Sucessão da(o) Amante.** 2021. Disponível em: <<https://www.recima21.com.br/index.php/recima21/article/view/298>>. Acesso em: 18.jul.2022

SIMÕES, Dayane Rodrigues. **Concubinato adulterino: as famílias simultâneas, à luz do princípio da monogamia.** 2007. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/14100>>. Acesso em: 04.ago.2022

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado.** Vol. XVII. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.

WOLF, Karin. **Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional.** WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.) In: Direitos fundamentais do direito da família. Livraria do advogado, 2004.