

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

CONCUBINAGE UNDER A BIAS ANTHROPOLOGICAL

*Karin Christine Zgoda*¹

*Karla Camargo Fischer*²

RESUMO

Este artigo procura mostrar os preceitos, fundamentos e as características essenciais do concubinato, cuja evolução, provocada pela dinâmica social, levou o constituinte a inserir a família de fato em nossa Carta Magna. Para uma maior compreensão desta modalidade de família, fez-se uma breve retrospectiva histórica destas relações concubinárias desde a antiguidade até os dias atuais. Os progressos sofridos pela legislação brasileira como um reflexo da evolução destas relações sociais, a doutrina e a jurisprudência também procuraram ser observados. São salientados alguns dos efeitos patrimoniais, demonstrando que, preocupando-se com a realidade e buscando uma atualização frequente dos conhecimentos, baseando-se na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na liberdade, levando-se em consideração o afeto, existirá a possibilidade de não mais serem cometidas discriminações, fazendo com que se prevaleça a justiça.

PALAVRAS-CHAVES

Concubinato, afeto, preconceitos.

ABSTRACT

This article attempts to show the rules, law and the essential characteristics of concubinage, which changes caused by social dynamics, led the constituent to enter the family actually in our Constitution. For a better understanding of this type of family, made a brief historical review of these relationships concubines from antiquity to the present day. Progress suffered by Brazilian law as a reflection of the evolution of social relations, doctrine and case law also sought to be observed. They highlighted some of

¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da UniBrasil.

² Professora de Direito Civil do Curso de Direito da UniBrasil.

the property, showing that, worrying about the reality and seeking a frequent updating of knowledge, based on human dignity, equality and freedom, taking into account the affect is to be made no more discrimination being committed, causing them to justice prevails.

KEY WORDS

Concubinage, affection, prejudice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Alguns Aspectos Sociológicos e Antropológicos na Família. 2.1 Aspectos Históricos do Concubinato 2.2 Conceito Jurídico de família 2.3 União Estável e Concubinato. 2.3.1 Um Conceito de União Estável. 2.3.2 Um Conceito de Concubinato 3. Na Dissolução do Concubinato, os Efeitos Patrimoniais . 3.1 As Fontes de Amparo dos Concubinos. 3.2 Partilha de Bens Resultantes da Sociedade de Fato. 3.3 Remuneração por serviços prestados 4. Efeitos Jurídicos do Concubinato no Novo código Civil de 2002 4.1. Conceito Após a Constituição Federal de 1988. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Existem inúmeras pessoas que vivem uma relação de afeto, paralela ao casamento, porém, mesmo com as mudanças que a Constituição Federal de 1988 nos trouxe rompendo com o aprisionamento da família nos moldes do casamento, não é reconhecida como entidade familiar o concubinato, prevalecendo o dogma da monogamia. O tema relacionado às famílias simultâneas ao casamento é muito complexo para o direito de família. Importante apontar os elementos caracterizadores do concubinato e da união estável bem como diferenciar seus efeitos jurídicos, pois hoje o significado de família é mais amplo que o conhecido antigamente.

O presente trabalho tem por objetivo, tentar romper com os paradigmas reacionários e preconceituosos, demonstrando a importância do afeto nas diversas modalidades de família existentes, fazendo prevalecer a justiça, assegurando em todos os aspectos os direitos dos membros dessas modalidades familiares.

2 ALGUNS ASPECTOS SOCIOLÓGICOS E ANTROPOLÓGICOS NA FAMÍLIA

O Brasil é uma sociedade de éticas múltiplas, onde esta sociedade, com seu papel crítico dá um lugar para as moralidades, e assume a posição central, onde a desigualdade é reforçada e não é percebido que essas mudanças implicam no comportamento político, moral e ideológico³.

Através dos estudos antropológicos, percebeu-se a existência de várias espécies familiares e de sistemas de parentesco, as quais se relacionam, mas que não são

³ MATTA, Roberto da. **A Casa e a Rua são Paulo**: Brasiliense, 1985. p. 84-85.

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

sinônimas. A antipsiquiatria encara a família nuclear como algo ruim para a estruturação social, onde focaliza como um problema a família nuclear, por possuir possibilidades mínimas de se socializar com outras unidades. Percebe-se uma articulação entre várias famílias, demonstrando não ser a família tão nuclear até mesmo nas sociedades mais privilegiadas.⁴

No Brasil pode-se perceber que existem classes sociais e tradições diferenciadas, famílias mais ou menos articuladas em relação ao seu parentesco, na qual se constitui uma trajetória mais individualizada, que se dá através da rejeição familiar de origem, negando seus laços de parentesco, no momento da juventude, porém, ao envelhecerem um pouco, sentem a necessidade de reaproximação com elas. Esta subjetividade não está restrita apenas à família nuclear.⁵

Como o livre arbítrio, a opção e a liberdade hoje são valorizadas, onde pessoas próximas podem proporcionar à possibilidade de construção de modelos e paradigmas alternativos no processo de socialização das crianças, mesmo que não hajam os laços de sangue.⁶

Os brasileiros têm sempre a esperança de que as leis melhorarão suas vidas, política e socialmente, porém não percebem que as influências dos amigos e de parentesco que comandam as suas vidas diariamente. As leis não representam as práticas sociais, embora sejam elas utilizadas como instrumentos para o remodelamento destas. A lei é o ideal, mas quem faz parte da realidade são os amigos e as pessoas com quem se convive diariamente.⁷

Contemporaneamente, percebe-se que a antropologia está afastando a visão cultural empirista dos que necessitam ver para que possam acreditar. Para os antropólogos sociais, só existia famílias nas classes mais ricas, na qual os escravos só eram explorados. Muitos enxergam este mundo constituído normalmente nas desigualdades, na qual a relação senhor e escravos fundou esse sistema de desigualdades em termos econômicos.⁸

A família nuclear é quem domina as organizações da vida doméstica. Matta, conclui que a família serve muito mais do que apenas resolver os problemas, para ele:

Entre nós, portanto, a família não é apenas um modo de resolver a questão sexual ou um operador da reprodução física do sistema. Ela é também banco e escola, agência de serviço social e igreja, consultório médico e partido político, máquina de controlar o tempo e lugar onde temos cidadania perpétua, restaurante de luxo e local onde sabemos ser amados incondicionalmente. Tudo isso, que o mundo moderno separou e

⁴ VELHO, Gilberto. **Pensando a Família no Brasil**; da colônia à modernidade. Família e Subjetividade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo: UFRRJ, 1987. p. 80-82.

⁵ Idem.

⁶ Ibidem, p. 80-82.

⁷ MATTA, Roberto da. **Pensando a Família no Brasil; da colônia à modernidade**. A Família como valor: considerações não-Familiares sobre a Família brasileira. Rio de Janeiro. Espaço e Tempo: UFRRJ, 1987. p. 122.

⁸ Idem.

KARIN CHRISTINE ZGODA / KARLA CAMARGO FISCHER

individualizou, ainda mantemos junto com a nossa família como valor e, como uma bela agência de empregos, conforme indicam os escândalos que lemos nos jornais. Assim, enquanto existir uma contradição entre a casa e a rua, a lei e os elos de família, compadrio e amizade, haverá uma boa família para nos dar motivos, virtude e esperança.⁹

A família independe do laço consanguíneo, mas sim de afeto, cumplicidade e respeito, onde o mais importante é que haja uma comunhão de crenças, opiniões e amizade.

2.1 Aspectos Históricos do Concubinato

A prática da poligamia é muito antiga e encontrada em muitas sociedades humanas.

Primitivamente, os grupos viviam em clãs, e estes, tinham a preocupação apenas em sobreviver, e para isso seus ideais eram comuns, onde trabalhavam e seguiam normas impostas para conseguirem seus alimentos, e tanto os homens quanto as mulheres pertenciam a vários parceiros, e o homem poderia conquistar quantas mulheres conseguisse manter.

Os filhos das concubinas eram reconhecidos pelas esposas como seus próprios filhos sendo equiparados aos filhos das esposas legítimas. O autor Mattar ensina que “é aceito pelo Alcorão, consorciar-se com até quatro mulheres, em um só ato ou sucessivamente, por admitir-se a poligamia no direito muçulmano”.¹⁰

Antigamente este número de esposas era ilimitado, pois devido as inúmeras guerras que ocorriam muitos homens morriam fazendo com que existissem mais mulheres do que homens. Mas atualmente, aconselha-se no máximo quatro esposas e suas atitudes não podem ocasionar ódio, insatisfação, ciúme, frustração ou descontentamento a nenhuma delas, devendo prevalecer a paz, harmonia e tranquilidade em seu lar, respeitando a igualdade entre as esposas.

Devido a dificuldade do cumprimento destas normas, hoje, na maioria das vezes, os homens preferem apenas uma esposa, pois, não lhe será permitido casar-se com mais de uma mulher, caso o esposo não consiga realizar a prática da igualdade, respeitando o que diz o livro sagrado Alcorão sobre este assunto:

Se receais não ser justo com os órfãos, desposai então duas, ou três, ou quatro, dentre as mulheres que vos agradem. Se continuais a recear não serdes justos, desposai uma só ou o que possuíres as vossas mãos direitas; isto vos ajudará a não vos afastardes da justiça, Dai às mulheres os seus dotes, como dom espontâneo; se, porém, lhes apetercer cedervos voluntariamente uma parte, gozai-a com alegria e saúde.¹¹

⁹ Ibidem, p. 136.

¹⁰ MATTAR, João Augusto. **Direito de família entre sírios**. 1934. p. 17.

¹¹ ALCORÃO. Tradução directa do árabe e anotações de José Pedro Machado. Lisboa: 1979. p. 100.

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

É necessário que o esposo consiga manter cada esposa em uma moradia separada, permitindo a satisfação na alimentação, vestuário e outras necessidades da vida de cada uma delas, além de distribuir de tempo igual em cada uma dessas moradias, salvaguardando os direitos e assegurando a justiça a cada uma destas mulheres.

No Brasil, no início da colonização, os índios também tinham várias mulheres, e também as abandonavam com tanta facilidade como as adquiriam, porém não quer dizer que viviam em promiscuidade e sem restrições. Sobre os índios brasileiros, Pereira cita que, “É aliás erro, e dos maiores, supor-se a vida selvagem não só neste, mas em vários outros de seus aspectos, uma vida de inteira liberdade. Longe de ser o livre animal imaginado pelos românticos, o selvagem da América, aqui surpreendido em plena nudez e nomadismo, vivia em meio de sombras de preconceitos e de medo.”¹²

Normalmente não existe guerra dentro da tribo, somente entre tribos rivais, e os casamentos são realizados dentro das tribos. Nossos índios são divididos por duas partes, que são denominadas por metades, o que significa pertencer à metade de sua mãe, ou à metade de seu pai. Em algumas tribos devem casar-se com a metade oposta, já em outras isso não é necessário, sendo livre para escolher a noiva independentemente de qual metade pertença.

Existem uma série de regras e costumes dentro de cada tribo no que diz respeito ao casamento. Em algumas sociedades a poligamia é permitida, em outras, a poligamia só é permitida aos chefes, e em outras apenas a poliandria ou monogamia.

Para um maior esclarecimento, Johnson, ensina sobre os significados das palavras endogamia, exogamia, monogamia, poligamia e poliandria e poliginia nas regras de casamento:

Regras de casamento são normas que regulam a escolha de cônjuges, bem como as relações entre indivíduos casados e seus vários parentes. Sob as regras de endogamia, por exemplo, espera-se que os indivíduos se casem com aqueles que têm certas características sociais em comum com as suas. Sob as regras de exogamia, espera-se que as pessoas se casem com aquelas que são de certa maneira socialmente diferentes delas.

Outras regras determinam o número de cônjuges que o indivíduo pode ter, embora a maioria das pessoas viva hoje em sociedade que só permitem um cônjuge (monogamia), numerosas sociedades admitem cônjuges múltiplos (poligamia), prática esta que pode assumir várias formas.

A que permite a mulheres ter vários maridos (poliandria) tem sido muito rara, mas não a que tolera que o homem possua várias esposas (poliginia). Mais raro ainda é o casamento grupal, no qual várias mulheres são casadas na mesma ocasião com vários homens.¹³

São consideradas como incesto os casamentos realizados com os membros de um mesmo clã em algumas destas sociedades, causando indignação aos outros membros, os

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família. Uma Abordagem Psicanalística**. 3. ed. Revista atualizada e ampliada. Belo Horizonte, 2003. p. 16.

¹³ JOHNSON, Allan G. **Dicionário de Sociologia**. Guia Prático da Linguagem Sociológica. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 192.

quais consideram este ato como se casados fossem com a própria irmã, mãe ou filha, atos estes proibidos até mesmo dentro da sociedade indígenas. O casamento é realizado como uma aliança entre grupos, para atender os interesses de sua linhagem e não por mero prazer de quem está casando, porém estes casamentos são preferenciais, mas não são obrigatórios, podendo haver uma seleção entre os cônjuges, onde podem escolher o cônjuge que mais gostar.

Os grupos exogâmicos, que são os que se casam entre si, trocam suas mulheres como se elas fossem presentes a serem dados para manterem a solidariedade entre seus grupos.

Na Idade Média, o concubinato também era muito frequente, inclusive entre homens com grande moralidade, e nunca evitado, mesmo com a pressão da igreja. Baseando-se nisso, o autor Pereira cita em seu livro 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 aceitaram 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.”¹⁴

Segundo Pereira, o grande marco da apreciação das pretensões concubinárias se deu na Idade Contemporânea, onde passou-se a encarar a situação como relação social econômica e obrigacional, dando vantagens à concubina com o rompimento dessa relação.

Em uniões infelizes, comumente surgirá o problema do abandono, no qual sempre um dos lados sairá lesado, patrimonialmente e forçado à carência afetiva, sendo justo que o lesado detenha a faculdade de refazer as condições que julgue necessária para a própria felicidade. E a reparação destas faltas, se não for garantida pela justiça, que seja através de cobranças morais, pois em todo o relacionamento existe um investimento, seja ele emocional, ou financeiro.

2.2 Conceito Jurídico de Família

No direito Romano, as famílias eram patriarcais, onde o homem liderava a casa, exercia o poder de pai, de esposo, de senhor juiz e sacerdote, além de exercer o poder sobre o patrimônio e a religião era o centro da unidade familiar. O *pater*, detinha o poder da vida e da morte sobre seus filhos e sua esposa, além de poder rejeitar ou aceitar casamentos para seus filhos, e estes filhos podiam ser tanto biológicos, como filhos adotivos. O *pater* era a única pessoa dotada de capacidade legal, e as mulheres além de ter a sua capacidade diminuída, não podendo por isso, realizar contratos ou adquirir propriedades, desempenhavam apenas o papel de mãe e de esposa.

Era considerado família, pessoas que viviam sob um mesmo teto e seguiam o mesmo culto religioso. Com o cristianismo isso mudou, sendo considerado família, os

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**. Uma Abordagem Psicanalística. 3. ed. Revista atualizada e ampliada. Belo Horizonte, 2003. p. 46.

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

que advinham do casamento, sendo esta, a forma única e legítima reconhecida como entidade familiar, condenando as outras formas de uniões livres. O casamento era indissolúvel, e caso o matrimônio fracassasse, a alternativa seria o desquite, que colocava fim a comunhão de vida, mas não atingia o vínculo jurídico.

Com o cristianismo e o Código Civil de 1916, passou a ser considerado família, aquela advinda do casamento, sendo esta, a forma única e legítima reconhecida como entidade familiar, condenando as outras formas de uniões livres. O poder absoluto do esposo sobre a esposa nessa época fica um pouco menos intenso.

A mulher tinha um lugar sempre subordinado ao homem na organização familiar, e dependia da autorização de seu esposo para a realização de transações financeiras ou para trabalhar, dentre outras situações.

Em 1932, com a elaboração do Decreto 21.706, as mulheres casadas, com o consentimento de seus esposos poderiam votar, e as solteiras e viúvas se comprovassem renda própria também. Em 1962, com o Estatuto Civil da Mulher Casada, a mulher passou de subordinada para colaboradora de seu esposo na sociedade conjugal, tendo como objetivo o interesse comum do casal e de seus filhos.

Em 1977 a Lei do Divórcio pôs fim à sociedade conjugal e passou a reconhecer os filhos havidos fora do casamento. A família moderna passou a ter como fundamento a afetividade, e enquanto houver afeto, responsabilidade, liberdade e colaboração mútua na comunhão de vida, haverá família. E esta família hoje recebe a proteção do Estado, sendo este um princípio adotado em nossa Constituição.

A edição da Constituição Federal de 1988, confere o status de família aos núcleos monoparentais e a união estável, deixando que o conceito de família matrimonializada não seja mais o único conceito de família.

Com esta Constituição Federal de 1988, a liberdade e a igualdade material agora são asseguradas. Para a Constituição de 1988 a família é a base da sociedade, não podendo ela ser violada pelo Estado, já que esta base o serve. Em seu art. 226, § 5º, diz que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Com este artigo, consegue-se resolver os problemas preconceituosos relacionados ao matrimônio e à filiação que o Código Civil de 1916 trazia. De acordo com Pereira, o entendimento da maioria dos doutrinadores brasileiros sobre o tema é:

O texto da vigente Constituição não deixa mais dúvida de que ficou abolida a figura do chefe da sociedade conjugal. Não mais se concede ao marido qualquer privilégio e as decisões que interessem à família deverão ser tomadas por ambos os cônjuges (art. 226, §5º, da CF). Revogados, em consequência todos os dispositivos do Código Civil que concediam prerrogativas ao marido. As divergências, de qualquer natureza, deverão ser solucionadas em juízo.¹⁵

Com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, a sua atuação social, política e jurídica mudou, refletindo assim no grupo familiar, que acabou por se reduzir e o papel

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 67.

tradicional da família acabou se transformando, dando início a um processo de igualdade, afetividade e companheirismo.

O reconhecimento da pluralidade nas diversas formas de se constituir famílias pela Constituição Federal de 1988, deixa reflexos que foram sentidos no desenho jurídico da família, a qual ganhou dimensões significativas um elemento que anteriormente estava à sombra: o sentimento, e com ele, a noção de afeto, tomada como um elemento propulsor da relação familiar, revelador do desejo de estar junto a outra pessoa se fez presente”.¹⁶

A Constituição começa a pensar na afetividade e na igualdade, que são necessários para uma realização pessoal dos integrantes de uma família, privilegiando todas as entidades familiares, sem qualquer distinção, afastando interesses que não sejam os afetivos. Neste sentido, Gomes explica:

No atual direito de família, são iguais todos os filhos – oriundos de ato matrimonial solene ou não – indiscriminadamente, e deverão ser respeitadas as diferentes manifestações familiares que se baseiam no Princípio da Afetividade. Não mais é família apenas aquela estrutura hierarquizada: pai, mãe e filhos, mas qualquer grupo de pessoas que vivam sob a égide deste princípio, podendo ser considerada família um lar com dois irmãos, ou o lar de um casal com filhos, ou ainda, a estrutura monoparental (que é a convivência apenas do pai ou da mãe com a prole). Portanto, são diferentes as formas pelas quais a família é retratada nos dias atuais e todas merecem igual respeito e tratamento.¹⁷

A Constituição Federal de 1988 inova no direito de família, trazendo o Princípio da Pluralidade das entidades familiares. O modelo de entidade familiar chamada como uniões concubinárias, é o modelo que se pretende estudar neste presente trabalho.

2.3 União Estável e Concubinato

Ao longo dos tempos, com a evolução da humanidade, o significado da família veio sofrendo mudanças significantes, se moldando as exigências de cada época. Primeiramente, os filhos nascidos fora dos casamentos passaram ser reconhecidos por um de seus pais, depois a mulher passou de incapaz para plenamente capaz, e finalmente com a Lei do Divórcio, que ultrapassando valores religiosos da época, foi a grande responsável pelo aumento das relações ditas concubinárias.

2.3.1 Um conceito de união estável

Para se definir união estável, deve-se considerar um relacionamento com a finalidade de constituição de uma família, sem a oficialização do casamento, que faz

¹⁶ Ibidem, p. 294-295.

¹⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

com que as pessoas de sexos opostos coabitem com objetivos e projetos de vida a dois. Corresponde à união livre, duradoura, contínua e pública entre homem e mulher que estejam desimpedidos, para a formação de uma família de fato. Estas uniões extramatrimoniais, por muito tempo foram consideradas imorais, e muitos julgados acabaram por negar efeitos jurídicos a elas. Aos poucos, graças ao avanço jurisprudencial, que vem trazendo justiça a estes relacionamentos não formalizados pelo casamento, reconhecendo estas uniões, pois percebeu-se as injustiças que estavam presentes nas leis ultrapassadas.

Antes da Constituição de 1988, concubinato e união estável eram considerados sinônimos diferenciados apenas pelo termo puro ou impuro.

Com a grande dificuldade de adaptação o Código Civil ainda hoje não reconhece relacionamentos simultâneos como sendo uma relação familiar, sendo apenas uma relação que envolvem apenas os direitos obrigacionais, pois baseia-se no sistema familiar monogâmico.

Com a Constituição Federal de 1988, o concubinato puro ou honesto como era chamado, passou a ser denominado como união estável, e também se retrata no artigo 1723 do Código Civil de 2002, não sendo necessário que morem juntos para que seja definida a união estável, porém, é necessário que haja constituição de unidade familiar, e que hajam elementos que comprovem esta relação. Esta união estando definida, gera direitos e deveres a serem cumpridos. Ambos devem lealdade e esta relação não tendo um prazo definido para que se inicie ou para que se encerre.

Com a promulgação da Lei nº 8971/ 94, se estabeleceu o direito de alimentos e de sucessão e a União Estável começou a surtir efeitos como família e equiparando-se a alguns aspectos como ao casamento. Em seguida, a Lei 9278/ 96 modificou a lei 8971/94, estabelecendo um regime de bens para essas uniões, semelhante ao regime de comunhão parcial de bens. Essas leis regulamentaram o artigo 226 §3º da Constituição Federal de 1988, demonstrando o avanço às entidades familiares em nossa atual sociedade.

O artigo 1723, *caput* do Código Civil de 2002, explicita: “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”.¹⁸

Por derradeiro, sedimentou a regra de que a Vara de Família possui a competência para dirimir a matéria relativa à união estável, sem prejuízo de assegurar o segredo de justiça.

O Código Civil em seu artigo 1.724, diz que as relações pessoais entre companheiros devem assistência, lealdade e respeito, além da guarda sustento e educação dos filhos. Porém, no que se diz respeito ao concubinato, essa relação não deve ser tratada no âmbito familiar, e sim no sentido de gerar obrigações.

¹⁸ Artigo 1723 do Código Civil de 2002.

2.3.2 Um conceito de concubinato

Já o conceito de concubinato é amplo e mutável e suas transformações influem diretamente no mundo jurídico. Sempre existiu a união não eventual entre o homem e a mulher, sem se prenderem nas formalidades que o Estado exige, ou seja, não oficializadas.

O significado da palavra concubinato é a comunhão de leito, que vem do latim *cum* (com); *cubare* (dormir): *concubinatus*. Álvaro Villaça Azevedo, em suas palavras afirma: “Tenha-se que o concubinato será impuro se for adúlterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubinato que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato”¹⁹

Consegue-se uma definição esclarecedora do significado da palavra concubinato nas palavras de Oliveira:

O termo concubinato impuro, quando adúlterino, envolvendo pessoa casada em ligação amorosa com terceiro, ou com outros impedimentos matrimoniais absolutos, como no caso de relações incestuosas. A qualificação impura seria igualmente aplicável aos que mantêm mais de uma união de fato, em face da deslealdade para com o primeiro companheiro.²⁰

O concubinato impuro ou desonesto, que será o tema de interesse, tratado neste trabalho.

A palavra concubinato, antes de seu sentido jurídico, para os leigos sempre denotou de um termo pejorativo, e é sempre evitada, pois concubinato para eles é sinônimo de preconceito, sendo uma ofensa, uma vez que coloca a mulher como motivo de deboche ou de relação desonesta, se referindo a esta mulher de uma forma a classificar suas condutas como sexualmente negativas e imorais, a qual os próprios optantes por este tipo de relação sempre preferem utilizar palavras como viver ou morar juntos ao invés de concubinos.

Concubino é o/a amante, a pessoa do lar oculto perante uma sociedade, que pratica a bigamia onde o se frequenta clandestinamente e simultaneamente ao seu lar legítimo perante as leis. Concubinato é a união irregular, onde um ou ambos, já estão vinculados ao casamento e mantêm relações sexuais com uma terceira pessoa.

Na linguagem dos tribunais a palavra concubinato é muito utilizada, e melhor traduzida na forma de vida entre homens e mulheres impedidos de se casar e que resultam até em consequências patrimoniais. As novas fronteiras que estão sendo impostas ao Direito de Família, devido às novidades neste ramo introduzidas, devem ser enfrentadas com cautela.

Pensar em concubinato faz vir à mente a pessoa traída, desesperada por ver seu cônjuge como vítima, tendo que dividi-lo com outra pessoa, pessoa esta, devassa,

¹⁹ AZEVEDO, Álvaro Vilhaça. **Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato**. Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 31 maio 2009.

²⁰ OLIVEIRA, Euclides de. Op. cit., p. 73-74.

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

culpada por seduzir seu homem ou sua mulher e acabar com seu casamento sacramentado e aparentemente feliz perante uma sociedade.

Não se pode esquecer que esta mulher tão satanizada tem uma identidade e uma dignidade, não se deixando convencer pelos preconceitos deixados pelos antepassados, que fizeram por tanto tempo, juntamente com a igreja, que o ordenamento jurídico fosse omissivo, não permitindo a atribuição de direitos à “amante”, para que não se estimulasse a destruição dos casamentos. Casamentos estes, que na maioria das vezes já estão destruídos, e na busca de uma realização pessoal, procura-se buscar em uma outra família o afeto, o companheirismo, a compreensão que havia sido perdido.

A Constituição Federal de 1988 rompeu com o aprisionamento da família nos moldes do casamento restrito, porém, não reconhece como entidade familiar o concubinato, pois ainda hoje prevalece o dogma da monogamia. A Constituição supera os preconceitos e consagra à dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito, visto que é impossível extinguir a realidade destes relacionamentos concubinários cada vez mais frequente em nossa sociedade.

A dignidade da pessoa humana é absoluta e por este motivo deve prevalecer sobre qualquer outro princípio, proporcionando à pessoa, o respeito, a proteção da integridade física e emocional. A característica das entidades familiares passou a ser o afeto e não a sua configuração, alterando suas estruturas e seus valores, protegendo os sujeitos, e não mais as suas entidades.

*Em nome do afeto, foi reconhecida a filiação havida fora do casamento; em nome do afeto, evidenciou-se que não é uma cerimônia solene ou um contrato de convivência, que caracteriza uma entidade familiar; em nome do afeto não existe mais a possibilidade de ignorar a existência de família em relações que, embora se estabeleçam paralelas ao casamento, são regadas por amor, respeito e, em muitos casos filhos e netos; em nome do afeto, [...] não se pode admitir qualquer interpretação legal que privilegie uma entidade familiar em detrimento da outra [...]*²¹

Pode ser possível amar duas pessoas ao mesmo tempo, e por mais complexa que seja esta duplicidade de afeto, tanto assim o é, que nos debatemos com a existência do concubinato.

No Brasil e no mundo existem inúmeras pessoas que se encontram vivendo uma relação paralela de afeto. O direito não deve proteger quem tem interesses em satisfações próprias e egoístas, destruindo a dignidade da outra pessoa, e sim fazendo respeitar e proteger moral e patrimonialmente os componentes da outra entidade familiar concubinária, devendo possibilitar o rompimento ou a aceitação dos relacionamentos simultâneos.

Na maioria das vezes, as famílias originais sabem da relação concomitante ao seu relacionamento, até porque, não é nada simples conseguir dar estabilidade, convívio intenso e manutenção financeira a duas famílias ao mesmo tempo, sem que o relacionamento concubinário seja descoberto.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.405.

Não raras as vezes, quando a esposa descobre que está sendo traída pelo seu companheiro, por questões de conveniências patrimoniais ou sociais, se utilizam dos filhos e das garantias que o matrimônio lhes proporcionam, e de uma maneira hipócrita decidem por manter seu matrimônio, mesmo que o afeto, a tolerância o carinho e o respeito já não existam há muito tempo, pois a esposa tem a ciência de que a família paralela não possui direitos iguais aos da família original, não tendo a “amante” direitos ao patrimônio de seu esposo.

Hoje, não deveria apenas ser considerada a boa-fé subjetiva, que seria a boa fé do conhecimento por parte de um dos companheiros moldado no casamento putativo, mas também ser reconhecido que existe o exemplo do companheiro que diz à concubina que só está convivendo com a esposa por causa dos filhos que teve com ela, e a concubina acredita como se verdadeiras fossem suas palavras.

Dalgalapronto, em uma abordagem interdisciplinar diz: “a vida afetiva é a dimensão que dá cor, brilho e calor a todas as vivências humanas [...] experiência essa que afeta a totalidade individual e que, por isso mesmo, recebe o qualificativo de afetiva [...]”²²

Com as novas fronteiras que estão sendo apresentadas ao Direito de Família, devido às novidades neste ramo introduzidas, surgem questionamentos, tais como, se deve vigorar o princípio da monogamia, ou se pode ser rotulado como uma família estes envolvimento concubinários paralelos e mais, quais seriam os efeitos a serem atribuídos a estas modalidades de envolvimento afetivo.

Com o intuito de se fazer justiça, o ordenamento jurídico brasileiro está concedendo direitos as famílias simultâneas, onde consideram o sujeito na relação e não o objeto da relação, como se fazia anteriormente a esta evolução jurisprudencial. A sociedade evoluiu, mas as mentes continuam fechadas, onde o que prevalece é o preconceito, a discriminação e os julgamentos dos homens, onde somente quem ama incondicionalmente, e vive uma situação de “concubina”, mesmo que honesta em seus sentimentos e em suas atitudes, sente o peso e as consequências deste amor.

Se em nosso ordenamento jurídico hoje é valorizada a solidariedade e a afetividade entre o homem e a mulher na nova modalidade de família, deveria também ser levada em consideração a afetividade e a solidariedade na relação paralela, já que não se pode mensurar os sentimentos e nem tratá-los de forma desigual com a mesma maneira em que nosso ordenamento jurídico faz para diferenciar uma união estável e uma relação paralela, dando mais valor a uma do que a outra.

O concubinato deve ser reconhecido como uma relação amorosa de afeto e não baseada em aquisição patrimonial, onde as concubinas devam ser tratadas com dignidade e respeito, não se camuflando o direito á alimentos.

Pessoas preconceituosas podem afirmar que só se constituiu o concubinato com o objetivo patrimonial, porém, dificilmente as concubinas conseguem obter o reconhecimento de seus direitos. Não se pode desconsiderar o afeto existente nestes

²² DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. Porto Alegre: ARTMED, 2000, p. 100.

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

relacionamentos, pois é o afeto que consegue manter o homem e a mulher juntos por muito tempo já que ambos não tem um dever legal a cumprir.

De certa forma, se a concubina durante seu relacionamento passou a depender financeiramente de seu companheiro, é óbvio que a esposa dividiu recursos financeiros com ela, portanto seria negar o mínimo existencial da concubina, se lhe for negado qualquer efeito jurídico à relação.

Devido aos preconceitos, que são inúmeros, somente a mulher é quem sofre as consequências da exclusão jurídica, e o homem, mesmo tendo infringido o princípio da monogamia, sempre prevalece ileso.

O autor Rodrigo da Cunha Pereira afirma: “falar em indenização por serviços prestados seria o mesmo que admitir cobrar por serviços de natureza amorosa e sexual, inadmissível para o direito.” E ainda, que essa sempre foi uma forma “camuflada” de reivindicar e conceder alimentos para quem dele realmente necessita.²³

O que não deve, é permitir que ocorra um retrocesso, onde possam ser esquecidos o que se encontra no ápice do nosso ordenamento jurídico, que são os princípios da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade.

O indivíduo deve buscar atender sua realização pessoal, escolhendo livremente o modelo familiar que o realize, onde o principal não é a escolha da instituição, e sim a sua dignidade.

Deveriam ser reconhecidos expressamente os efeitos jurídicos das relações concubinárias, não deixando de levar em consideração que essas relações estão cada vez mais presentes em nossa atualidade, e os princípios constitucionais e o ordenamento jurídico devem ser totalmente observados, para não ocorrerem tratamentos desiguais e injustiças.

O concubinato deve ser reconhecido, e os assuntos relacionados a ele deveriam ser tratados no Direito de Família já que este tema se conecta com assuntos pertinentes à união estável, porém, o concubinato trata-se de uma sociedade de fato onde quem tem competência para a sua apreciação é a Vara Cível, já quem tem a competência para tratar dos assuntos relacionados à União Estável é a Vara de Família. “As concubinas não podem ser condenadas à invisibilidade por conta de sua escolha, a relação envolve outras pessoas e seria um absurdo que as consequências deste ato atingissem somente uma parte, como uma espécie de punição”.²⁴

É preciso coragem para que sejam rompidos paradigmas reacionários e preconceituosos, dando prioridade e preservando a afetividade existente nestas relações, para que a justiça seja realizada, onde cada um fique com o que é seu por direito, sem que alguém seja prejudicado neste tipo de relacionamento.

²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 31.

²⁴ FERRAZ, Paula Carvalho. **O concubinato e uma Perspectiva de inclusão constitucional**. Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 31maio 2009.

Caso sejam reconhecidos direitos ao concubinato, poderão muitos homens serem coibidos a pensarem em possível divisão patrimonial com a concubina, gerando aí, mais responsabilidades na formação destas famílias paralelas.

Os mesmos argumentos que foram utilizados para não se permitir efeitos jurídicos á união estável, hoje são utilizados para o concubinato, pois acreditam que se produzirem efeitos jurídicos ao concubinato e o incluírem como uma entidade familiar, estarão gerando instabilidade nas relações familiares e destruindo o princípio da monogamia, incentivando novas relações concubinárias.

As relações concubinárias não deixarão de existir, mesmo que sejam banidos do Ordenamento Jurídico, pois é percebido historicamente que o concubinato existiu e continuará a existir, independentemente do que se é divulgado.

3 NA DISSOLUÇÃO DO CONCUBINATO, OS EFEITOS PATRIMONIAIS

O instituto que se utiliza no concubinato é a sociedade de fato, que é a sociedade constituída entre pessoas casadas ou não, e que de alguma maneira contribuiu para a aquisição de algum patrimônio.

O termo concubinato ainda hoje nos traz uma referência pejorativa, julgada de forma preconceituosa, onde o Estado acaba muitas vezes por não reconhecer uma tutela em situação jurídica merecedora, justamente por acabar sendo influenciado por este preconceito. A dissolução da sociedade de fato se funda no direito das obrigações e não no direito de família, onde aspectos pessoais de convivência tornam-se supérfluos. Para que produza efeitos nos resultados patrimoniais, deve-se comprovar a existência deste relacionamento, e da constituição patrimonial conseguidos com o esforço mútuo, havidos durante o tempo em que vigorou esta sociedade, não sendo necessária que a contribuição de um dos parceiros seja em dinheiro, podendo ser por trabalho doméstico.

Em relação à partilha de patrimônio, tanto a companheira como a concubina podem solicitar a dissolução desta sociedade de fato requerendo a parte do patrimônio construído durante o relacionamento, sendo ele união estável ou concubinato.

A jurisprudência já tem reconhecido à partilha de bens à concubina decorrentes da sociedade de fato entre ela e o homem casado. De acordo com este assunto, nada mais importante do que exemplificar essa situação, com o que disse o Desembargador José Carlos Barbosa Moreira em seu voto:

Nada impede, em tese, que se reconheça a existência de sociedade de fato entre pessoas de qualquer estado civil, inclusive entre homem casado e mulher diversa da esposa. Trata-se de problemas independentes, até porque não é o concubinato, em si, que gera o aludido efeito, mas a conjugação de esforços para a formação de patrimônio comum — o que pode acontecer com adultério ou sem ele.

A união concubinária não gera consequências como as do matrimônio, porém, com a evolução, a legislação e a jurisprudência já estão possibilitando a produção de alguns efeitos jurídicos, tais como a divisão do patrimônio conseguido com o esforço

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

comum durante a sociedade de fato no caso da dissolução desta sociedade. Neste contexto, Czajkowski, ensina que:

Duas pessoas quaisquer podem constituir sociedade de fato, sem ajustarem entre si uma comunhão de vida estável. Nesta linha, o cônjuge adúltero pode formar com a amante uma sociedade de fato — independentemente da família legítima — uma vez comprovada a contribuição de ambos os adúlteros na formação de um patrimônio comum. (...). O reconhecimento de sociedade de fato entre parceiros de união estável foi importantíssima construção jurisprudencial para evitar enriquecimento sem causa (juridicamente plausível) oriundo de uma contingência familiar informal. Proliferaram, assim, as chamadas ‘ações declaratórias de sociedade de fato cumuladas com partilha de bens’. Não se cuidava, porém, de indenização pela convivência, nem de forma camuflada de alimentos. O efeito patrimonial fundava-se na idéia contratual da conjugação de esforços.²⁵

Com a dissolução do concubinato, deve-se considerar a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço mútuo, evitando assim, que seja prejudicado quem também contribuiu para a formação patrimonial.

3.1 As Fontes de Amparo dos Concubinos

Podem resultar da união concubinária, a formação de um patrimônio ou até mesmo o aumento deste patrimônio, devido ao esforço comum, e este patrimônio deve ser partilhado se houver a dissolução desta sociedade de fato.

Segundo Rizzardo, devem ser identificados elementos para que a sociedade conjugal de fato seja reconhecida, e a intenção de associar-se é o primeiro requisito, onde, os ganhos e as perdas deverão ser repartidos, como em qualquer sociedade, e para a caracterização deste contrato, os seguintes elementos são extensivos à generalidade destas sociedades.²⁶

A pluralidade, onde ambos deverão granjear os bens para ambos e não para um apenas; a onerosidade, onde os esforços mútuos são responsáveis pela aquisição e manutenção do patrimônio; a comutatividade, onde ambos têm deveres e direitos a serem exercidos; a união deve ser baseada na lealdade, fraternidade e afeto entre as partes; o aperfeiçoamento desta sociedade deve se dar através do consentimento mútuo, sem necessidade de documentar a união; seria também o de passar aos olhos do povo, a condição de casados; a convivência, o afeto mútuo e esforços para beneficiarem ambos com os mesmos interesses seria também um requisito para que se possa gerar o direito obrigacional.

²⁵ CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 131-133.

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p.117-180.

3.2 Partilha de Bens Resultantes de Sociedade de Fato

Para que seja possível a partilha dos bens adquiridos pelo esforço em comum, deve-se levar em consideração alguns aspectos importantes e significativos:

Não é necessário um tempo de duração deste relacionamento para que se configure uma sociedade de fato; deve-se esforços, trabalho e economias mútua, para a constituição de um patrimônio em comum; os concubinos não necessariamente devem contribuir com dinheiro, podendo também a sua contribuição ser trabalho no lar ou a criação dos filhos; o concubino deverá favorecer com recursos para a formação do patrimônio; o casamento religioso só complementa outros elementos, mas não é suficiente para se comprovar a sociedade de fato; a concubina não tem direito a herança; a convivência *more uxório* é exigida para que seja caracterizado a união estável; para que seja evitado o enriquecimento sem causa, é admitido a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum; para se fundamentar as decisões, apela-se às ideias de equidade e de justiça; divide-se igualmente entre os concubinos, o patrimônio adquirido pelo esforço em comum, ou em variados percentuais de acordo com a especificidade de cada situação; os bens adquiridos a título de doação ou antes da vida em comum e coisas pessoais são excluídos da quota fixada, incluindo os bens já recebidos e os legados, e o valor do patrimônio deverá ser o da época do rompimento do concubinato.²⁷

Deve ser comprovada a existência do relacionamento para que se possa gerar efeitos jurídicos, caso contrário não serão reconhecidos direitos à concubina.

Esforços em comum para a aquisição do patrimônio e para a conservação dos mesmos serão levados em consideração para que a concubina tenha o direito à divisão patrimonial no caso da dissolução da sociedade.

Não necessariamente a concubina deverá contribuir financeiramente para a construção do patrimônio, sendo levados em consideração sua dedicação ao lar e aos filhos, e também a especificidade de cada caso, para que haja a divisão patrimonial de acordo com o percentual de cada situação.

3.3 A Remuneração por Serviços Prestados

Para que se possa pensar em uma maneira de se indenizar uma mulher, para que esta consiga dar prosseguimento em sua vida após o rompimento normalmente traumático da relação, e que seja evitado o enriquecimento sem causa do homem, já que com a dedicação desta mulher na casa e no trabalho, este homem não teve que dispor de seu dinheiro para contratar uma empregada doméstica, podendo ainda tranquilamente realizar suas atividades habituais, pensou-se na indenização por contraprestação de serviços domésticos.²⁸

²⁷ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. Op. cit., p. 7-8.

²⁸ MATIELO. Fabrício Zamproga. **União Estável – Concubinato**. Repercussões jurídico-patrimoniais. 3. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998. p. 51.

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

Houve uma resistência na aplicação desta teoria, pensando no princípio da dignidade da pessoa humana, onde o desta mulher estaria sendo ferida, pois estaria sendo relegada exclusivamente à função doméstica.²⁹

Poucas são as pessoas que já começaram a buscar seus direitos, e é necessário que se inicie uma conscientização do homem para que se construa um mundo, onde cada pessoa seja respeitada nos seus direitos e na sua dignidade humana, colaborando na construção de uma ordem social justa, onde, seja defendida uma distribuição igualitária, para que todos possam usufruir das suas conquistas e viver com dignidade. A doutrina, não mais deverá resistir na atribuição de direitos. Sobre isso Namur ensina que:

Para que sejam especificados quais os efeitos a serem reconhecidos nos relacionamentos simultâneos, não mais deverá se ter resistência por parte da doutrina e da jurisprudência, necessitando de coragem e valentia destes, para que sejam atribuídos não só os efeitos obrigacionais, mas direitos à sucessão, à meação e a prestação alimentar nestes relacionamentos concubinários.³⁰

Com a Constituição Federal de 1988, restou o termo concubinato para a relação não eventual e duradoura das pessoas impedidas de se casar, e o Código Civil de 2002 o tipificou simplesmente como concubinato em seu artigo 1.727. Glanz, a este respeito diz que:

Vemos que o código passou a distinguir o que a doutrina antes chamava de concubinato impuro, aquele em que há impedimento para casar. O impedimento pode ser, como na maioria, decorrente de anterior casamento não dissolvido, mas podem ser quaisquer outros, indicados no CC, art. 1.521, e já mencionados: ascendentes e descendentes, afins em linha reta, irmãos, tios e sobrinhos, adotado com filho adotante, pessoas casadas e {fato raro} o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte. Portanto, nestes casos, se houver convivência, haverá simplesmente concubinato. Nos demais casos, há o que se chama de união estável e as partes são companheiras ou conviventes. Antigamente como se sabe, todos os casos eram concubinato: agora não.³¹

É possível observar que o concubinato está incluso no ordenamento jurídico brasileiro através de alguns princípios, porém são poucas as disposições que o Código Civil nos traz a respeito dele. Muito que o Código Civil nos traz, é o que já citado várias vezes neste trabalho sobre as relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar constituem concubinato.

Por não estar explícito em nosso ordenamento jurídico, entende-se que o concubinato não é proibido, sendo permitido efeitos jurídicos de acordo com a vontade do juiz, que deverá verificar cada caso, estabelecendo quais serão os direitos relacionados à união estável que poderão ser atribuídos aos concubinos. No que refere-se ao Direito de família, o pluralismo das entidades familiares é uma das mais

²⁹ Ibidem, p. 52.

³⁰ NAMUR. Op. cit., p. 595.

³¹ GLANZ, Semy. **A família mutante – sociologia e direito comparado**: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 434.

importantes inovações de nossa Constituição, a qual assegura a dignidade e a liberdade de escolha das relações afetivas. Lôbo nos ensina sobre este assunto que:

... tendo em conta o sistema jurídico italiano, ressalta o princípio da liberdade, pois a necessidade da família como interesse essencial da pessoa se especifica na liberdade e na solidariedade do núcleo familiar. A liberdade do núcleo familiar deve ser entendida como liberdade do sujeito de constituir a família segundo à própria personalidade. A exclusão não está na Constituição, mas na interpretação.³²

O afeto é o elemento que com o decorrer do tempo passou a dar maior visibilidade nas relações familiares, ingressando gradativamente no meio jurídico, onde passam os operadores de direito a olharem para o sujeito, percebendo que é ineficiente apenas a formalidade do vínculo jurídico para se buscar a realização pessoal.³³

4 EFEITOS JURÍDICOS DO CONCUBINATO NO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Além da função de reprodução biológica, hoje a nova família também tem a função de reprodução social, na qual, os valores, papéis e comportamentos serão repetidos nas suas próximas gerações, fazendo com que a família nuclear não prevaleça. Essa nova família quer construir sua própria história, sem que seja uma união formal, e sim uma união afetiva, superando a herança tradicional de enxergar as pessoas que fazem parte das relações familiares como seres abstratos.³⁴

É definido pelo novo Código civil, o concubinato como uma relação não eventual entre um homem e uma mulher onde ambos, ou apenas um deles estejam impedidos de se casarem, conforme sua descrição no artigo 1.727. Uma situação seria aquela em que o concubinato existe paralelamente ao casamento oficial, e, mesmo assemelhando-se a uma união estável, não se pode ser identificada como sendo também união estável, ou seja, o Código civil não protege o concubinato anteriormente denominado como concubinato adúltero.³⁵

4.1 Conceito Após a Constituição Federal de 1988

As famílias Constitucionalizadas exigem respeito e mútua proteção da dignidade coexistencial de seus componentes, onde nesta relação familiar seus membros não são objetos uns dos outros³⁶. Sobre isso, Ruzyk cita:

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 93-94.

³³ CARBONERA, Silvana Maria. Op. cit., p. 278.

³⁴ PEREIRA. Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 65-66

³⁵ Idem.

³⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 28.

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

Se a proteção deve se dirigir à pessoa de cada um dos membros da família e, se estes não podem ser tomados como indivíduos atomizados, mas sim, como entes em relação de coexistência, resta claro que, apresentada uma situação de simultaneidade familiar, o sentido dessa proteção deve atender à inter-relação entre aqueles que nela se inserem. O princípio eudemonista na Constituição de 1998 deve ser lido em conjunto com o princípio da solidariedade, que traz em si um sentido ético de respeito ao outro.

Não resta dúvida, entretanto, que a proteção jurídica deve se destinar aos sujeitos tomados em relação- o que não se confunde com a totalidade abstrata da família transpessoal-, com deveres mútuos de proteção, ou, ao menos de não violação da dignidade do outro, seja no interior de um mesmo núcleo ou entidade familiar, e, mesmo, no que tange os componentes do outro núcleo.

... resta claro que a ambiência normativa hábil a recolher do âmbito dos fatos, sem um sentido de desvalor, a situação de simultaneidade familiar é aquela em que, de um lado, a família se põe como fruto do afeto, que não se deixa aprisionar pelos estreitos limites de um modelo jurídico tendente à tutela de uma instituição abstrata.

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

Essa pluralidade simultânea de relações familiares também depende, para sua apreensão jurídica, do não aprisionamento do sentido jurídico da família a uma unicidade de modelo: a pluralidade sincrônica, que constitui a simultaneidade, tem como ante-sala o próprio sentido plural que o direito possa atribuir à família.³⁷

A Constituição Federal de 1988 preocupa-se com o ser humano como um todo, procurando defender seus desejos na sociedade e a sua dignidade, exaltando a visão eudemonista que considera como uma sociedade de afeto a convivência em família onde o que prevalece é afeto, o amor e a solidariedade. Com a Constituição Federal, as famílias passaram a serem vistas, não mais como famílias baseadas apenas e unicamente no instituto do casamento, mas reconhecendo as diversas modalidades familiares, onde o seu artigo 226 confere a proteção pelo Estado à todas as entidades familiares explícitas e implícitas nela, como o caso do concubinato.

Na Constituição Federal Brasileira, a dignidade da pessoa humana foi inserida no texto, em seu artigo 1º inciso III, e o seu artigo 3º incisos I e III tendo como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, buscando erradicar a pobreza e a marginalização, associando-se a solidariedade social, igualdade material, tutelando todas as situações mesmo que não expressas, referentes às violações à pessoa. Ainda em seu artigo 226 § 8º, que protege o indivíduo que integra a família, onde tratamentos preconceituosos ou qualquer forma de violência contra estas entidades familiares são proibidas. Os princípios constitucionais devem conviver em perfeita harmonia, já que dentro de nosso ordenamento todos eles têm uma função útil, porém, percebe-se que no que diz respeito ao concubinato, o princípio da monogamia tem tido preferência pelo ordenamento. Não deve-se esquecer que o Estado protege os membros da família e a dignidade dos mesmos, garantindo uma vida digna, não

³⁷ Ibidem, p. 28-30.

podendo então, conceber que seja impedida esta proteção, para que não seja suprimido o princípio da dignidade da pessoa humana.

Um dos princípios da nossa Constituição Brasileira que procura a igualdade entre os homens, está em seu discurso no artigo 5º, onde busca justiça com regramentos que valorizam e respeitam os sujeitos da sociedade.

Independente de seu aspecto, qualquer tipo de lesão referentes à personalidade deverá ser protegido por nosso ordenamento jurídico, seja de maneira a evitar ou a acabar com estas agressões, repreendendo ou indenizando pelo mal causado, caracterizando-se por dano moral.

Toda a relação humana com afetividade, publicidade e durabilidade é considerada família, seja ela baseada na formalidade ou não. Portanto, conclui-se que o concubinato também seja uma família, não se podendo ferir os princípios da dignidade da pessoa humana, do pluralismo familiar e da autonomia privada. Excluir essas pessoas impossibilitando que tenham suas relações afetivas reconhecidas, é um desrespeito, ferindo à sua própria dignidade pois não lhes confere a possibilidade de serem sujeitos de direito.³⁸

Os vários modelos familiares merecem respeito, em especial, as relações concubinárias, que ainda hoje são alvo de muito preconceito e discriminação. O direito deve reconhecer os valores essenciais dos membros destas relações familiares. Os preconceitos e tratamentos diferenciados devem ser superados devendo nosso ordenamento bani-los, baseando-se no princípio da igualdade, fazendo prevalecer à dignidade da pessoa humana e a liberdade de escolha, respeitando as características e as necessidades de cada um. Em relação a esta igualdade e liberdade Matos cita:

Deve-se respeitar, assim, a possibilidade de as pessoas livremente desenvolverem sua sexualidade, em harmonia com as características próprias de seu modo de ser. As pessoas devem ter a liberdade de expressar sua sexualidade, sua afetividade, sua formação familiar, de acordo com as diversas orientações, no espaço privilegiado da intimidade. Deixar imperar exclusões jurídicas, fundamentadas em tabus repressores à manifestação da sexualidade, é procurar limitar a liberdade no desenvolvimento de questões de esfera íntima para, em seu lugar, fazer a apologia de modelos de família tradicionais.³⁹

O concubinato faz parte de uma realidade social e histórica, a qual não se deve mais ser permitido que continue a fundar-se na racionalidade de um sistema fechado de conceitos não aptos para essa preocupação jurídica. Deve-se buscar a compreensão entre a simultaneidade familiar e o nosso ordenamento jurídico para que possa ser construído um Direito Moderno onde se possa ser descrita e normativizada essa situação concubinária.⁴⁰

³⁸ Ibidem, p. 150.

³⁹ Ibidem, p. 153.

⁴⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 39-40.

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

O pluralismo familiar não pode mais ser reprimido e excluído como acontecia anteriormente, onde os direitos subjetivos eram restringidos. Cada pessoa deve ser respeitada, sendo encarado como um sujeito de direito, devendo o estado proteger os interesses de sua realização afetiva e pessoal sem ser discriminação alguma por parte do legislador. As relações afetivas não mais devem ser encaradas pelo nosso ordenamento jurídico como sendo simples relações patrimoniais não reconhecidas dentro do campo de direito de família. Pois baseando-se na visão de Kant em relação a dignidade da pessoa humana, anteriormente citado neste trabalho, ela não tem um preço, não podendo assim ser um objeto de troca.⁴¹ Diz ele que “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem dignidade.”⁴²

O princípio da afetividade não é um fato sociológico ou psicológico apenas, ele tem fundamento constitucional, onde projetou-se no campo jurídico- constitucional, consagrando a família como unidade de relações de afeto, fundada essencialmente nos laços da afetividade.⁴³

O concubinato deve ser considerado como uma nova entidade familiar, não sendo confundido com a união estável, e tendo um próprio tratamento jurídico, já que trata-se de uma entidade familiar baseada no afeto. E segundo Albuquerque filho, a este respeito:

As relações intersubjetivas estabelecidas repercutem no mundo jurídico, pois os concubinos, que preferimos chamar de companheiros, convivem, às vezes têm filhos, existe construção patrimonial em comum. Destratar mencionada relação não lhe outorgando qualquer efeito atenta contra a dignidade dos partícipes, companheiro(a), filhos porventura existentes. Além disso, reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato, consiste em uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade. Por fim, desconsiderar a participação do companheiro(a) casado(a) na relação concubinária, a fim de entendê-la como monoparental em havendo filho(s), ofende o princípio da livre escolha de entidade familiar, de família, pois que estaríamos diante de uma entidade monoparental *imposta*.⁴⁴

Com base no princípio da primazia da realidade social, e nas relações paralelas que sempre existiram e continuarão a existir, sobre isso, Albuquerque Filho diz: “quando o direito ignora a realidade, a realidade se volta contra o direito, ignorando o direito”.⁴⁵

Uma casa por si só, torna-se unicamente um teto, que é muito diferente de um lar, o qual traz a segurança, a estabilidade, repouso, encontrada principalmente, na nova

⁴¹ Ibidem, p.101

⁴² Idem.

⁴³ Ibidem, p.45.

⁴⁴ ALBUQUERQUE FILHO. Op. cit., p. 159-160.

⁴⁵ Ibidem, p. 152.

modalidade familiar do concubinato, construída no afeto e na liberdade, mesmo sendo combatida e marginalizada pela falsa moral imposta pela Igreja e pela sociedade.

Quem fala do direito á vida, à integridade física e moral, sempre se refere e visa à dignidade da pessoa humana, dignidade esta, que deve ser respeitada, cabendo unicamente ao homem, a escolha de seu parceiro, e à justiça, moldar-se aos novos tempos e as novas informações, fugindo dos dogmas pré-estabelecidos dos tempos arcaicos, protegendo e aceitando o concubinato como uma entidade familiar.

5 CONCLUSÃO

As relações sociais estão mais complexas a cada dia, e por este motivo, o ordenamento jurídico brasileiro mais ineficiente, pois mesmo podendo atribuir algum efeito jurídico, acaba por excluí-los, no que se diz respeito ao concubinato. O Estado deve assegurar que a convivência familiar seja satisfatória para seus membros, protegendo sua dignidade e garantindo seu desenvolvimento.

O concubinato já passou muito tempo na exclusão e as concubinas já sofreram muita discriminação e humilhação, tendo sua dignidade ferida. Nosso ordenamento deve acompanhar a evolução da humanidade, não podendo mais fechar seus olhos para a realidade concubinária cada vez mais visível e presente em nosso cotidiano.

As relações paralelas, como já comentado neste trabalho, sempre existiram, e continuarão a existir, e com a nossa sociedade cada vez mais esclarecida em relação aos seus deveres, mas principalmente aos seus direitos, não deixará por muito mais tempo, que seus direitos lhes sejam suprimidos.

Uma relação paralela de afeto não pode continuar a ser encarada como se fosse uma relação de emprego, pois não houve um contrato de prestação de serviços onde deve-se recompensar financeiramente os trabalhos domésticos realizados pelo concubino. Deve-se levar em consideração, que envolveu neste relacionamento, muito mais do que horas de trabalhos domésticos.

Além de prestar os serviços unicamente comentados nos julgados, também retribuiu com seu tempo, carinho e dedicação sem intenção alguma de se beneficiar apenas financeiramente, onde sua intenção é a de poder estar junto da pessoa que ama, mesmo que para isso, tenha que sofrer calado aos olhares condenatórios da sociedade, em sua vida oculta e solitária.

Este afeto e cumplicidade devem estar acima da segurança jurídica e do patrimônio, onde a liberdade de escolha deve ser respeitada, devendo cada um escolher o modo de vida e o relacionamento que mais lhe satisfaça.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino**. Disponível em: <www.facs.br/revistajuridica/edicao_dezembro2002/convidados/convidado01.doc>
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O Concubinato no Direito**. Ed.Alba, 1961.

CONCUBINATO SOB UM VIÉS ANTROPOLÓGICO

- CARBONERA, Silvana Maria. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.
- DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. Porto Alegre: ARTMED, 2000.
- DAMATTA, Roberto. **A Casa e a Rua** são Paulo: Editora Brasiliense.1985
- DIAS, Adahyl Lourenço. **A Concubina e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos S.A., 1961.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional: A afirmação da Dignidade Humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006.
- FERRAZ, Paula Carvalho. **O concubinato e uma Perspectiva de inclusão constitucional**. Artigo. Disponível em: <www.ibdfam.com.br>
- GIORGIS, Jose Carlos Teixeira. **Família e Cidadania O Novo CCB e a Vacatio Legis**. A natureza jurídica da relação homoerótica. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 135.
- GLANZ, Semy. **A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **Efeitos Patrimoniais da dissolução do concubinato: análise jurisprudencial**.-são Paulo: Saraiva, 1985.
- JOHNSON, Allan G. **Dicionário de Sociologia**. Guia Prático da Linguagem Sociológica. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar.1997
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Família e cidadania o novo CCB e a Vacatio Legis**. Entidades familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus clausus. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey,2002.
- LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MATIELO, Fabrício Zamproga. **União Estável – Concubinato**. Repercussões jurídico- patrimoniais. 3. ed. Porto Alegre, Sagra Luzzato, 1998. p.51.
- MATTAR, João Augusto. **Direito de família entre sírios**. Ed. de 1934.
- MATOS, Ana Carla H. **Direitos Humanos e democracia**. A Consagração Jurídica da União Homossexual através da Principiologia dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- MELATTI, Julio Cezar. **Índios do Brasil**. 7. ed. São Paulo: HUCITEC; (Brasília): Editora da Universidade de Brasília. 1993.
- NAMUR, Samir.**Diálogos sobre direito civil**. A tutela das Famílias Simultâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável. Do concubinato ao casamento**. Antes e depois do Código Civil. 6. ed. Ed. Método, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**. Uma Abordagem Psicanalística. 3. ed. Revista atualizada e ampliada. Belo Horizonte, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**. Uma Abordagem Psicanalística. 3. ed. Revista atualizada e ampliada. Belo Horizonte, 2003.
- Revista dos Tribunais, 401/193.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Casamento e concubinato: efeitos patrimoniais**. Rio de Janeiro: AIDE, 1985.

KARIN CHRISTINE ZGODA / KARLA CAMARGO FISCHER

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOARES, Orlando. **União estável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELHO, Gilberto. **Pensando a Família no Brasil**; da colônia à modernidade. Família e Subjetividade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo: UFRRJ, 1987.