

TÍTULO: SEPARADOS PELO CASAMENTO. UM ENSAIO SOBRE O CONCUBINATO, A SEPARAÇÃO DE FATO E A UNIÃO ESTÁVEL

Flávio Tartuce¹

O título do presente trabalho foi inspirado em um filme homônimo norte-americano, do ano de 2006, interpretado por Jennifer Aniston e Vince Vaughn. A película narra a história de um casal que, após morar junto por dois anos, termina o relacionamento. O problema surge quando nenhum dos dois aceita deixar o apartamento em que vivem, o que faz com que ambos continuem a conviver sob o mesmo teto.² O filme começa como uma comédia, mas termina como um verdadeiro drama. A situação é muito comum, mesmo na realidade brasileira.

Em verdade, o que se pode perceber, na prática do foro familiarista, são situações em que o casal se desentende continuamente, chegando até a romper a afeição familiar, distanciando-se. Porém, por opção – ou até por *falta de opção* –, continuam a viver na mesma casa, no mesmo lugar. Em outros casos, a vida sob mesmo teto é mantida para não prejudicar a educação dos filhos ou o seu bem-estar.

É notório que, juridicamente, o termo *coabitação* tem duas conotações. Em uma visão clássica, a expressão quer dizer o relacionamento sexual contínuo sob o mesmo teto, englobando o débito conjugal³. A doutrina contemporânea vem contestando esse conceito, apontando-o como superado, até porque os casais podem fazer a opção de viver em lares distintos⁴. A partir da segunda visão, a melhor expressão da coabitação é o afeto, o amor que une os cônjuges, elemento essencial da comunhão plena de vida prevista no art. 1.511 do atual Código Civil⁵.

Partindo para a análise dos termos legais, o Código Civil de 1916 previa, em seu art. 231, que seriam deveres de ambos os cônjuges: a) fidelidade recíproca; b) vida em comum, no domicílio conjugal; c) mútua assistência; d) sustento, guarda e educação dos filhos. Tais deveres foram reproduzidos pelo art. 1.566 do Código Civil de 2002, que acrescentou, ainda, mais um dever: o de respeito e consideração

¹ Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Civil, Direito Contratual e Direito de Família e das Sucessões da Escola Paulista de Direito (EPD, São Paulo). Professor da ESA/OAB/SP, do Curso Flávio Monteiro de Barros e da EMERJ. Diretor do IBDFAM/SP. Advogado e Consultor Jurídico em São Paulo. Autor de obras jurídicas.

² A situação já havia sido tratada pelo cinema no clássico filme *A Guerra dos Rose* (“The War of the Rose”, EUA, 1989), dirigido por Danny DeVito e estrelado por ele mesmo, Michael Douglas e Kathleen Turner.

³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 36ª Edição, 2001, p. 121; OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea e MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 280-300.

⁴ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 122; DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 4ª Edição, 2007, p. 242-243. Ver, ainda, de forma pioneira: LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. nº 24, jun/jul, 2004, p.136-156.

⁵ CC/2002. “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

mútuos (inc. V). Observa-se que ambas as codificações fazem menção à vida em comum no domicílio conjugal, ou, para alguns, à coabitação⁶.

Relativamente ao que se conceitua como *coabitação fracionada*, esta foi admitida expressamente pelo atual Código Civil, pela previsão do seu art. 1.569, que assim dispõe: “O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes”.

Analisando o dispositivo, de imediato percebe-se a noção de *família democrática*, diante da previsão de que o domicílio conjugal será escolhido por ambos os cônjuges. Há, ainda, uma especialização do princípio da igualdade entre os consortes, em conformidade com o art. 226, § 5º, da Constituição Federal e do art. 1.511 da atual codificação⁷.

Pois bem, o presente ensaio pretende analisar justamente a situação oposta ao fracionamento do domicílio sob mesmo teto: a hipótese em que os cônjuges vivem juntos fisicamente, havendo uma cessação da afetividade, a poder caracterizar a separação de fato entre eles.

Para que a situação fique clara, vamos aqui imaginar um caso concreto para a devida análise jurídica. João e Maria são casados há quarenta anos. Os seus filhos já não vivem mais com eles, pois constituíram as suas respectivas famílias. No caso descrito, o casal não tem relacionamentos sexuais há cerca de dez anos. O afeto entre eles também não é dos melhores; mal se falam. O respeito e a consideração são limitados. Ademais, cada um deles já vive outro relacionamento paralelo há mais de uma década.

Em uma análise preliminar da situação descrita, a conclusão é que, como João e Maria estão casados e não separados – de fato, judicialmente ou extrajudicialmente -, os demais relacionamentos por eles constituídos com terceiros não constituem entidades familiares ou, mais precisamente, uniões estáveis, mas sim meros concubinatos.

É cediço que o conceito de união estável consta, no Código Civil de 2002, no *caput* do art. 1.723, pelo qual 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. O comando legal acabou por reproduzir o art. 1º da Lei n. 9.278/1996, norma que foi revogada tacitamente pela atual codificação, eis que incorporada. Ambos os conceitos legais têm origem no trabalho doutrinário do Professor Titular da Universidade de São Paulo Álvaro Villaça Azevedo, que contribuiu para as suas elaborações⁸.

⁶ Anote-se que o Projeto de Lei n. 2.285/2007, o Estatuto das Famílias do IBDFAM, pretende introduzir, pela previsão do seu art. 36, a seguinte previsão quanto aos deveres: “As relações pessoais entre os cônjuges devem obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência, tendo ambos responsabilidade pela guarda, sustento e educação dos filhos”. A norma projetada não faz referência ao dever de vida em comum no domicílio conjugal, seguindo o entendimento, de Paulo Lôbo, de que se trata de uma categoria superada.

⁷ CF/1988. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...). § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁸ Todas as construções constam de: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. São Paulo: Atlas, 2005.

Como novidade o Código Civil passou a admitir que o separado de fato ou judicialmente constitua união estável, pela previsão do § 1º do art. 1.723⁹. Este autor, no passado, tecia críticas a essa previsão, pelas supostas confusões patrimoniais que poderia gerar, sustentando até mesmo a inconstitucionalidade da norma¹⁰.

Houve mudança em tal entendimento, pela compreensão de que as questões afetivas devem prevalecer sobre as questões patrimoniais, ou seja, o direito existencial relativo à pessoa humana deve ser anteposto ao direito patrimonial. Por isso, em obra mais atual já retiramos as críticas que antes eram formuladas¹¹. Cabe ao jurista, assim, solucionar os problemas que surgirem, até porque os conflitos e os casos de difícil solução, os “*hard cases*”, são marcas da hipercomplexa pós-modernidade.

Ato contínuo, é preciso atualizar a norma em comento, art. 1.723, § 1º, do Código, para incluir também a separação extrajudicial, acrescentada pela Lei n. 11.441/2007. Essa lei, seguindo a tendência da reforma processual, introduziu a

⁹ CC/2002. “Art. 1.723. (...). § 1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

¹⁰ Conforme o artigo *Direito Civil e Constituição*, escrito em co-autoria com Mário Araújo Opromolla e elaborado entre os anos de 2002 e 2003 (Constituição Federal. 15 anos. **Mutação e Evolução**. Coordenadores: Andre Ramos Tavares, Olavo A. Ferreira e Pedro Lenza. São Paulo: Método, 2003). O trabalho também está disponível no site: www.flaviotartuce.adv.br. Seção Artigos do Professor. Acesso em 15 de julho de 2008. Vejamos os principais pontos das críticas que fazíamos à previsão: “Não obstante, prevê o artigo 226, §3º, da Constituição Federal de 1988 que ‘para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher com entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Ora, observa-se que o artigo 1.723, § 1º, do Novo Código Civil, ao estabelecer a possibilidade de pessoa separada de fato manter união estável com outrem, entra choque com o preceito constitucional acima transcrito. Primeiro, porque de acordo com a aplicação da analogia ou por uma interpretação sistemática do comando constitucional acima visualizado, devem ser aplicadas aos companheiros as mesmas regras protetivas do casamento. Pois bem, poderá a pessoa separada de fato contrair novo casamento? Como se sabe, a resposta é negativa, e engloba até a situação da pessoa estar separada judicialmente. É do conhecimento de todos que a separação de fato não extingue o vínculo matrimonial, impedindo os antigos cônjuges de contraírem novas núpcias. (...). Assim, entendemos que a pessoa separada de fato mantém com outrem um concubinato impuro adúlterino, que não pode inclusive ser apreciado pela Vara da Família, mas pela Vara Cível comum, com a aplicação das regras previstas para a sociedade irregular. Não se pode conceber, portanto, pela ótica do texto constitucional, que um homem separado de fato, por exemplo, possa constituir união estável. Em muitos casos, não haverá como apontar se determinado bem foi adquirido na constância do casamento ou da suposta união estável, em situações tais. O caos estará formado, situação que deve ser repudiada pelo Direito de Família que deve trazer soluções para os casos concretos, não mais confusão! O segundo problema é que a união estável existente, contraída por pessoa separada de fato, não poderá ser convertida em casamento – conforme prevê o texto constitucional -, já que o convivente ainda não rompeu com o seu vínculo matrimonial. Percebe-se que, nesse sentido, a lei (Novo Código Civil) não estará facilitando a ‘conversão da união estável em casamento’, conforme consta na Carta Política de 1988. Ademais, muitas vezes as ações de separação judicial e divórcio trazem questões que são discutidas incansavelmente, já que envolvem os sentimentos humanos, complexos e que despendem muito tempo. Podemos chegar, desse modo, a situações em que a união estável já se dissolveu muito antes de ser homologado o divórcio dessa pessoa separada de fato ou judicialmente. No caso da existência de patrimônio construído tanto na vigência do casamento quanto da união estável, a confusão patrimonial e os desafios encontrados pelos Magistrados que irão apreciar tais fatos serão imensuráveis”. É fundamental destacar que, como se perceberá ao final, o presente trabalho representa um giro de cento e oitenta graus, de mudança de pensamento, em relação àquele anterior artigo.

¹¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. Volume 5. Direito de Família. São Paulo: Método, 3ª. Edição, 2008. Consulte-se o Capítulo 5, que trata da união estável.

separação e o divórcio extrajudiciais no art. 1.124-A do Código de Processo Civil. Porém, não houve qualquer alteração no Código Civil: tal situação gerou certa perplexidade, assim como a necessidade de os civilistas solucionarem uma série de dúvidas materiais categóricas para suprir algumas lacunas. Uma delas acaba de ser afastada: concluindo, aquele que é separado extrajudicialmente também pode constituir união estável, uma vez que a previsão aplica-se até ao separado de fato.

Já o art. 1.727 da codificação privada prevê que as relações não eventuais, constituídas entre as pessoas que são impedidas de casar constituem concubinato. Em uma análise purista, esse é o caso justamente das relações paralelas constituídas por João e Maria. Como são casados, são impedidos para novos matrimônios (art. 1.521, inc. VI, do CC/2002), não sendo o caso da incidência da exceção do art. 1.723, § 1º, devidamente atualizada com a Lei n. 11.441/2007. O concubinato não constitui uma entidade familiar, mas uma sociedade de fato que gera efeitos jurídicos de cunho patrimonial, como é o caso dos direitos patrimoniais reconhecidos pela antiga Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, editada em 1964¹². Os *concupinos* também são denominados *amantes*. Havendo concubinato paralelo ao casamento, utilizava-se – e às vezes ainda se utiliza –, a expressão *concubinato adulterino*.

Essas são as antigas e até consolidadas lições que nos foram transmitidas, pela primeira vez, pelo Professor Álvaro Villaça Azevedo, no ano de 1996, quando cursávamos o quarto ano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Por quase uma década atuando na docência assim transmitimos os ensinamentos do mestre, com a convicção de sua total e normal incidência. Todavia, nos últimos meses temos repensado a sua subsunção a alguns casos, como em situações similares àquela descrita, de João e Maria.

Não se pode olvidar que há entendimentos jurisprudenciais no sentido de que ao concubinato devem ser aplicadas as mesmas regras da união estável, por se tratar de uma entidade familiar pela realidade fática e social que revela. Os julgados que se destacam surgem no Tribunal Gaúcho¹³. Entretanto, há fortes resistências a essa forma de entendimento, principalmente em sede de Superior Tribunal de Justiça, que reconhece apenas direitos obrigacionais aos concupinos, conforme se demonstrou¹⁴. Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal afastou direitos

¹² Prevê a Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concupinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Historicamente a súmula também era aplicada à união estável, até porque a convivência merecia o mesmo tratamento do concubinato no passado, com a geração de efeitos meramente patrimoniais e não existenciais.

¹³ Por todos: “APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cujus* em período concomitante ao casamento de ‘papel’. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o *de cujus*. Meação que se transmuda em ‘triação’, pela duplicidade de uniões. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O DES. RELATOR”. (TJ/RS, Apelação Cível Nº 70019387455, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 24/05/2007).

¹⁴ “SOCIEDADE DE FATO ENTRE CONCUPINOS. HOMEM CASADO. DISSOLUÇÃO JUDICIAL ADMISSIBILIDADE. É ADMISSÍVEL A PRETENSÃO DE DISSOLVER A SOCIEDADE DE FATO, EMBORA UM DOS CONCUPINOS SEJA CASADO. TAL SITUAÇÃO NÃO IMPEDE A APLICAÇÃO DO PRÍNCÍPIO INSCRITO NA SUMULA 380/STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO”. (STJ, REsp. 5537/PR, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 28.06.1991, DJ 09.09.1991 p. 12196).

“CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. 1. Segundo entendimento pretoriano, a sociedade de fato entre concupinos é, para as conseqüências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo, porque

previdenciários a favor de uma concubina, que pretendia concorrer com a esposa do *de cujus*, diante do paralelismo da relação mantida¹⁵. Em suma, tem prevalecido a tese de afastar efeitos familiares ou existenciais aos casos de concubinato. Em alguns casos, tem-se indenizado o concubino ou a concubina pelos serviços domésticos prestados com base na aplicação da vedação do enriquecimento sem causa¹⁶. Há quem critique – e com certa razão –, essa forma de julgar, pois estaria

a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica. 2. Recurso não conhecido”. (STJ, REsp 229069/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 26.04.2005, DJ 16.05.2005 p. 351).

¹⁵ Trata-se do julgamento do STF no Recurso Extraordinário n. RE 397.762-8/BA, julgado em 3 de junho de 2008. O Relator Ministro Marco Aurélio Mello assim concluiu, em síntese: “É certo que o atual Código Civil, versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar o núcleo familiar. Entretanto, na previsão, está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que se um deles é casado, o estado civil deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a esposa. O que se percebe é que houve envolvimento forte (...) projetado no tempo – 37 anos – dele surgindo prole numerosa - 9 filhos – mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro ter mantido casamento, com quem contraíra núpcias e tivera 11 filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tido como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe respeito às balizas legais, à obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável, quando na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no art. 1.727 do CC”. De qualquer maneira, houve voto divergente do Ministro Carlos Ayres Brito, que entendeu pela divisão das verbas previdenciárias entre a esposa e a concubina. O resumo do seu voto também merece destaque: “Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. Francamente afirmativa, acrescento, porque a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: o *tertium genus* do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto. Daí ela própria, Constituição, falar explicitamente de ‘cônjuge ou companheiro’ no inciso V do seu art. 201, a propósito do direito a pensão por porte de segurado da previdência social geral. ‘Companheiro’ como situação jurídico-ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade (‘união estável’). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de ‘filhos concubinários’. Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que ‘Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação’ (§6º do art. 227, negritos à parte). Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a-dois*. No que *andou bem* a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração ‘*é terra que ninguém nunca pisou*’. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante (...). No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o *de cujus*, então segurado da previdência social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover, como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo ao relator do feito, ministro Marco Aurélio..”

¹⁶ Vários são os julgados do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido. Por todos, mais atual: “RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMUM. PRETENSÃO DE

monetizando as relações familiares, algo inadmissível em face do o valor sentimental que caracteriza tais relacionamentos¹⁷.

Na doutrina contemporânea nacional, principalmente entre os jovens civilistas, várias são as manifestações no sentido de se reconhecer – ou pelo menos se discutir -, os direitos dos concubinos ou amantes¹⁸. Realmente, há uma forte tendência de amparo a esses direitos no futuro, sendo essa uma das vertentes atuais do Direito de Família. Consigne-se que, na contramão, há interpretações em sentido contrário, mormente aquelas que pretendem resolver a questão dos amantes em sede de responsabilidade civil, com a indenização imaterial do cônjuge traído¹⁹.

INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTE STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Inexistindo acréscimo patrimonial e, por conseguinte, quaisquer bens a serem partilhados, entende esta Corte Superior possível o pagamento de indenização ao convivente que se dedicou exclusivamente aos afazeres domésticos, a título de indenização por serviços prestados. Precedentes. 2. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp. 323.909/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007 p. 355).

¹⁷ A crítica é formulada pelo jurista José Carlos Teixeira Giorgis enquanto julgador: “CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENTIDADE FAMILIAR. REPÚDIO À MONETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES AMOROSAS. AUSÊNCIA DE PROVA. Incabível o pleito. Primeiro, porque a indenização por serviços prestados não encontra amparo legal em nosso ordenamento. O ressarcimento não condiz com o tratamento constitucional dispensado às uniões livres, agora elevadas à entidade familiar, assim como ofende ao princípio da dignidade humana. Segundo, porque os cuidados dispensados pela concubina decorrem do vínculo de solidariedade, carinho e afeto, os quais não têm expressão econômica, não podendo ser dimensionados em pecúnia. Os tribunais reiteradamente têm se posicionado contrários a essa postulação, aduzindo não haver tal direito e repudiando a monetarização das relações amorosas, não sendo reconhecido o ressarcimento quer se trate de casamento, conúbio ou união estável. Terceiro, porque do exame do caderno processual extrai-se que os litigantes dispensaram a produção de provas, não se desincumbindo a autora de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito (artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil). Ainda que reconhecida a relação concubinária havida, cumpria a ela comprovar a efetiva prestação de serviços e/ou locupletamento do varão”. (TJRS, Acórdão n. 70007609969, São Borja, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/03/2004).

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante – na teoria e na prática (nos Tribunais)**. Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Pablo_amante.pdf. Acesso em 16 de dezembro de 2008; FREITAS, Douglas Phillips. **A função sócio-jurídica da(o) amante e outros temas de família**. Florianópolis: Conceito, 2008. Merece destaque a palestra proferida por Rodrigo Toscano de Brito quando o *II Congresso Paulista do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, promovido na cidade de São Paulo, em agosto de 2008, intitulada *Direito de companheiro, de concubina e de amante*. O resumo da palestra pode ser lido em <http://www.ibdfamsp.com.br/wp-content/uploads/boletim2.pdf>. Acesso em 16 de dezembro de 2008.

¹⁹ Entendendo pela reparação de danos morais do marido à esposa, pela existência de uma amante, do Tribunal de Santa Catarina: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ALEGADA DIFAMAÇÃO COM OFENSA À HONRA. Réu que, perante o filho da autora e terceiros, comentou ter sido aquela amante há aproximadamente 15 anos. Fato reconhecido pelo demandado. Confirmação, ademais, em prova testemunhal. Abalo comprovado. Ato ilícito configurado. Obrigação de indenizar caracterizada. Critérios de fixação do quantum reparatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Juros e correção monetária. Matéria de ordem pública. Possibilidade de aplicação *ex officio*. Inversão dos ônus sucumbenciais. Honorários advocatícios arbitrados de acordo com o disposto no artigo 20, § 3º, do código de processo civil. Sentença reformada. Recurso provido”. (TJSC, Acórdão n. 2007.014075-2, Guaramirim, Quarta Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, DJSC 27/08/2008, Pág. 194). Em sentido contrário, trazendo conclusão mais interessante à realidade contemporânea, do Tribunal de Minas Gerais: “RESPONSABILIDADE CIVIL. CÚMPLICE DE ESPOSA ADÚLTERA. EXISTÊNCIA DO DEVER DE FIDELIDADE CONJUGAL. AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE ENTRE O CÚMPLICE E A ADÚLTERA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INCOLUMIDADE DA ESPOSA ALHEIA. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DO CÚMPLICE EM RELAÇÃO AO MARIDO TRAÍDO. A vida em comum

Talvez, um passo importante para o reconhecimento dos direitos dos concubinos ou amantes possa ser dado nas situações como a de João e Maria, em que os cônjuges têm um distanciamento afetivo, apesar de continuarem a viver sob mesmo teto. Em nossa opinião, pela quebra do afeto, da antiga *affectio familiae*, pode-se afirmar que os cônjuges estão separados de fato mesmo residindo no mesmo local. *Os corpos estão próximos, mas os espíritos estão distantes*. Em reforço, a situação de distanciamento afetivo é agravada pelos relacionamentos paralelos, havendo um desenho similar a um quadrado, envolvendo os cônjuges e seus respectivos concubinos²⁰.

Assim, concluindo-se que os cônjuges estão separados de fato, nos termos do art. 1.723, § 1º, do Código Civil, abre-se a possibilidade de se reconhecer que os relacionamentos paralelos constituem uniões estáveis. O mero *vínculo de papel* é relativizado tendo em vista as outras relações, eventualmente melhor qualificadas pelo afeto, pela troca de energias positivas. Interpretam-se as relações jurídicas mantidas de acordo com a realidade fática que as circunda, o que representa aplicação da idéia de *função social da família*. O que se nota é que, com essas premissas, *os concubinos são elevados à condição de companheiros; deixam de ter meros direitos patrimoniais e passam a ter também direitos existenciais de família*.

A situação fática, a *fattiespecie*, é alterada substancialmente, com a incidência de outros dispositivos legais, sendo pertinente destacar alguns.

De início, os terceiros, antigos amantes, passam a ter direito a uma participação patrimonial, nos termos do art. 1.725 do Código Civil, aplicando-se, no que couber e na falta de contrato escrito entre eles, o regime da comunhão parcial de bens. A princípio, quanto aos bens adquiridos na constância da união estável, haverá direito a meação. Obviamente, aqui, surgirão alguns problemas no tocante aos bens adquiridos no período em que havia a quebra do afeto entre os cônjuges. Quem terá direito em relação a esses bens? A esposa ou a companheira? Pode-se até defender a tese da concorrência patrimonial, apesar das grandes controvérsias que podem surgir principalmente guiadas por discursos de moralidade social. Uma delas se refere à data do início da cessação do afeto, para que a partir de então esteja configurada a separação de fato.

Relativamente aos alimentos, os concubinos, agora conviventes, podem pleiteá-los, nos termos dos arts. 1.694 e seguintes do Código Civil, sendo o caso da

impõe restrições que devem ser seguidas para o bom andamento da vida do casal e do relacionamento, sendo incontestado que os cônjuges possuem o dever jurídico de fidelidade mútua. Em que pese ao alto grau de reprovabilidade social daquele que se envolve com pessoa casada, não constitui tal envolvimento qualquer ilícito de cunho cível ou penal em desfavor seu. O dever jurídico de fidelidade existe apenas entre os cônjuges e não se estende a terceiro que venha a ser cúmplice em adultério perpetrado durante o lapso de tempo de vigência do matrimônio. A responsabilidade civil decorre de relação contratual ou de imposição legal. Contrato, por óbvio, inexistente entre o marido traído e o então amante de sua esposa, bem como inexistente qualquer dispositivo legal que obrigue o amásio a manter a incolumidade da esposa de outrem. Inteiramente inócuo, *in casu*, mostra-se cogitar-se em matéria de responsabilidade civil, de solidariedade dentre o cúmplice e a esposa adúltera. Apelação principal provida e julgada prejudicada adesiva". (TJMG, Apelação cível n. 1.0480.04.057449-7/0011, Patos de Minas, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Cabral da Silva, Julgado em 01/07/2008, DJEMG 22/07/2008).

²⁰ Anote-se que, no histórico do ser humano, sempre foram comuns os relacionamentos plúrimos – em poliamorismo: triângulos, quadrados, pentágonos, hexágonos e outras figuras geométricas afetivas ou amorosas.

incidência da regra dos alimentos provisionais, prevista no art. 1.706 da codificação²¹.

No tocante à previdência social, alçados à nova condição, os novos companheiros terão direitos previdenciários pela morte do ex-convivente, concorrendo com os cônjuges²².

Mas as maiores dificuldades surgirão no que toca à sucessão. Isso porque será necessário decidir os bens a que terão direito o agora convivente e quais serão os bens do cônjuge. Para tanto, será necessário conciliar os direitos sucessórios do cônjuge, previstos entre os arts. 1.829 a 1.832 do Código Civil²³; com os direitos sucessórios do companheiro, tratados pelo polêmico art. 1.790 da codificação de 2002²⁴.

A discussão já existe na doutrina nacional quanto à concorrência entre eles (*companheiro + convivente*), mormente nos casos de separação de fato

²¹ CC/2002. “Art. 1.706. Os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual”.

²² Concluindo dessa forma, merece destaque recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, havendo separação de fato: “UNIÃO ESTÁVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO, PARA FINS DE RECEBIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL.. PROVA DE RELACIONAMENTO PÚBLICO, NOTÓRIO E DURADOURO, QUE CONFIGURA NÚCLEO FAMILIAR. CONVIVÊNCIA SOB O MESMO TETO, NOTÓRIA E DURADOURA, DURANTE CERCA DE TRINTA ANOS. ALEGAÇÃO DA ESPOSA LEGÍTIMA DE QUE O COMPANHEIRO COM ELA AINDA CONVIVIA CONSTITUI FATO IMPEDITIVO, A SER DEMONSTRADO POR QUEM O AFIRMA. NOTORIEDADE DO RELACIONAMENTO, ASSUMINDO O COMPANHEIRO POSSE DO ESTADO DE CASADO E FAZENDO PRESUMIR A SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL LEGÍTIMO. IRRELEVÂNCIA DA LEI DE REGÊNCIA ESTADUAL EXIGIR A SEPARAÇÃO JUDICIAL OU O DIVÓRCIO PARA QUE A COMPANHEIRA POSSA RECEBER PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL, INCLUSIVE AOS SEPARADOS DE FATO, A SER DEFINIDA EM LEI FEDERAL RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL.. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE JUSTIFICAM O RATEIO DA PENSÃO POR MORTE ENTRE A COMPANHEIRA E A ESPOSA LEGÍTIMA, NOS TERMOS DO ART. 76, §2, DA LEI N. 8.213/91. Dever de restituição, pela esposa legítima, da metade indevidamente recebida da pensão por morte, atualizada a partir de cada pagamento e acrescida de juros de mora a partir da citação para a ação. Recurso da autora improvido e recurso da co-ré parcialmente provido, apenas para alterar o dies a quo da contagem dos juros de mora”. (TJSP; AC 531.408.4/4, Ac. 2586198, São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, Julgado em 24/04/2008, DJESP 15/05/2008).

²³ CC/2002: “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

²⁴ CC/2002. “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

efetivada pelo distanciamento físico entre os cônjuges. A nossa conclusão, já manifestada em outra obra, escrita com José Fernando Simão, é no sentido de dividir a massa patrimonial em dois montes. O primeiro monte deve ser composto pelos bens adquiridos na constância fática do casamento, sobre os quais apenas o cônjuge tem direitos sucessórios, não sendo herdados pelo novo companheiro. A segunda massa de bens é composta pelos bens adquiridos durante a união estável. Relativamente a tais bens, necessária se faz uma segunda divisão para atender ao *caput* do art. 1.790 do Código. Seguindo a última norma, se os bens forem adquiridos a título oneroso quando da união estável, a sucessão se defere apenas ao companheiro sobrevivente. Se os bens tiverem como origem uma aquisição a outro título – como pela gratuidade -, pertencerão apenas ao cônjuge sobrevivente e não ao companheiro²⁵.

Tudo isso, sem afastar as dificuldades de se provar a cessação do afeto, mais uma *prova funerária ou mortuária*²⁶. Surge aqui mais uma controvérsia quanto ao novo Direito Sucessório Brasileiro, além de outras tantas já existentes.

Encerrando, o presente trabalho não tem o condão de solucionar todas essas polêmicas, sobretudo as de caráter patrimonial relativas aos bens havidos, mas tão somente trazer à tona uma primeira conclusão quanto aos direitos dos concubinos. As outras questões controvertidas ainda merecem maiores debates e reflexões.

O principal ponto que aqui se pretende defender é que com o reconhecimento da separação de fato dos cônjuges, pelo desaparecimento do amor e do afeto, os amantes podem ser alçados à condição de companheiros, surgindo uma entidade familiar nos termos do art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Como afirma o Professor José de Oliveira Ascensão em suas interlocuções, *o direito se sobe por degraus*. Foi justamente isso que procuramos fazer no presente ensaio: dar alguns passos de elevação.

²⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. **Direito das sucessões**. São Paulo: Método, 2ª. Edição, 2008, p. 242-243. Na obra são expostas outras visões sobre o tema dessa curiosa concorrência, como as de Francisco Cahali, Eduardo de Oliveira Leite, José Luiz Gavião de Almeida, Euclides de Oliveira e Christiano Cassettari. A “*torre de babel doutrinária*” revela como é controverso o tema.

²⁶ A expressão é de Rolf Madaleno, ao analisar o art. 1.830 do Código Civil, já transcrito. Sobre o tema, leciona: “Abre a nova lei o exame da culpa funerária, ao prescrever que só conhece o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. É a pesquisa oficial da culpa mortuária passados até dois anos de fática separação, quando toda a construção doutrinária e jurisprudencial já vinha apontando para a extinção do regime de comunicação patrimonial com a física separação dos cônjuges, numa conseqüência de lógica coerência da separação objetiva, pela mera aferição do tempo, que por si mesmo sepulta qualquer antiga comunhão de vida” (MADALENO, Rolf. Concorrência sucessória e trânsito processual. Disponível em http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=42&Itemid=39. Acesso em 16 de dezembro de 2008).