

A TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DA CONCUBINA: O REGRAMENTO POSITIVADO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Aracy Lima Borges

Juíza de Direito titular da 10ª Vara de Família do Tribunal de Justiça da Bahia. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Baiana de Direito - EMAB. Graduada em Direito pela UFBA.

Resumo: Funda-se o presente trabalho na tentativa de traçar, à luz do ordenamento jurídico pátrio, um esboço da tutela dos direitos da concubina. Desta forma, caminha pela análise da principiologia da Constituição de 1988, a fim de verificar se constitui solo fértil para o embasamento de novas concepções de entidade familiar, à margem da tradicional classificação que contempla apenas o casamento e a união estável entre duas pessoas de sexos distintos. Neste espeque, permite-se revisitar conceitos tidos como inafastáveis e de observância absoluta dentro do seio social brasileiro, como, notadamente, o princípio da monogamia. Indagando o ordenamento jurídico sobre a possibilidade do seu afastamento, compreende-se que, em verdade, a monogamia representa tão-somente norma de cunho estritamente moral, não tendo a atual Carta arvorado-se a consagrá-la com o *status* de princípio peculiar do Direito de Família. Com efeito, plenamente possível torna-se o seu afastamento, homenageando, por outro lado, princípios – estes sim – expressamente contemplados no texto constitucional, como o da dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da vida privada; e a boa-fé. Por fim, debruça-se sobre se seria possível, diante destas circunstâncias, tratar o concubinato como entidade familiar e, em que medida, é possível tutelar os direitos dos concubinos.

Palavras-chaves: Direito de Família; direitos da concubina; princípio da monogamia; modernas concepções de Família.

1. Introdução

Qualquer discussão que se arvore a adentrar no campo das relações familiares já deve estar munida de coragem suficiente para enfrentar preconceitos e dogmas – aparentemente – imutáveis de ordem religiosa e os olhares castradores embebidos em tradições milenares. É trabalho sempre árduo imiscuir-se na intimidade das pessoas, sobretudo naquilo que têm de mais sagrado – a família.

Com efeito, já por isso, a aventura que se empreende neste trabalho não poderia ser das mais pueris.

Não bastasse, as relações familiares, mesmo para aqueles que enxergam uma natureza jurídica contratual no casamento, possuem nuances que as põem à margem de qualquer outro

tipo de conexões interpessoais. É dizer, carece a Família de qualquer finalidade econômica, e sim apresenta-se, como fundamento de sua constituição, o afeto.

Ora, se, ao longo de tantos anos da história humana, nem os mais hábeis poetas lograram êxito em conceituar o amor, imagine-se quão penosa tarefa é para o Direito judicializar questão tão imersa no campo subjetivo e que traduz de forma tão íntima as idiossincrasias de cada indivíduo.

Nesta esteira, o tema das relações familiares desperta sempre celeumas doutrinárias que parecem intermináveis, seja pelo ora impreciso regramento positivado, seja pela carga axiológica que inevitavelmente acompanha o doutrinador, livre de uma neutralidade utópica que existe apenas no campo do ideal. É dizer, os conceitos de índole tão estreita com a própria intimidade humana encontram, mesmo entre grandes juristas, divergências em sua definição, posto que seus pensamentos são frutos não apenas da sua bagagem acadêmica, mas, também, do meio em que se desenvolveram e das experiências que colecionaram ao longo da vida.

Entende-se, todavia, que fracassa aquele que pretende dar ao Direito de Família uma tutela unicamente calcada no Direito das Obrigações, forte no viés patrimonialista. Se já não constituísse completa dissociação com a própria índole de tais relações, a Carta de 1988 põe fim a qualquer questionamento ao derredor do tema, determinando, de uma vez por todas, a revolução no conceito tradicional de Família (ou Famílias como sutilmente já induz Paulo Luiz Netto Lôbo ao assim intitular o seu manual de Direito de Família¹).

Neste esboço, o presente trabalho caminha ao lado das novas concepções da instituição familiar, à luz do ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição Federal em vigor, para verificar até que ponto pode-se, de fato, dilatar a esfera de reconhecimento de uma estrutura relacional como entidade familiar e, sobretudo, até que ponto envereda-se o Direito na tutela dos interesses daqueles que dela participam.

Assim, permite-se questionar a monogamia como cláusula pétreia de observância absoluta, posto que – curiosamente – tradicionalmente apontado pela Doutrina como princípio do Direito de Família, conquanto reflita apenas uma idéia positivista e ocidental sobre o tema; mas, namorando os princípios da boa-fé e da dignidade da pessoa humana, arvorar-se a esboçar uma possível tutela jurídica aos direitos da concubina pelo ordenamento pátrio.

Em tempo, convém ainda ressaltar que, embora, por vezes, reporte-se este trabalho a um determinando gênero, em vista da maior inclusão das mulheres no mercado de trabalho, que desencadeia uma série de transformações no que tange a posição da mulher na sociedade, notadamente a sua independência, tudo quanto cabe a um dos sexos, cabe – igualmente – ao outro. Em tempos de liberdade sexual, há muito a mulher renegou seu lugar de dona-de-casa submissa, não sendo mais de se estranhar tê-la como casual cônjuge infiel, embora o trabalho qualifique o eventual sujeito de direitos no gênero feminino.

2. Concubinato: breve esboço histórico

O termo concubinato retira sua terminologia dos vocábulos *cum* (com) e *cubare* (dormir), é dizer, remete à idéia de compartilhamento do leito. Assim, emprestava-se, já pelos romanos, ao concubinato um cunho pejorativo, negativo, uma vez que traduz a simples imagem de pessoas dividindo a mesma cama, sendo considerado uma forma de união situada em posição hierárquica inferior ao casamento (PEDROTTI, 2002, p. 3).

A prática do concubinato, contudo, remonta a tempos ainda mais remotos da humani-

dade, posto que se trata de característica inerente à própria condição de ser humano, acompanhando-o por toda sua evolução. Independentemente de qualquer definição terminológica ou conceituação jurídica, o fato é que a traição nasceu do mesmo parto de onde brotaram as relações estáveis.

Comungando do mesmo entendimento, salienta Pablo Stolze Gagliano (2008, p. 1) debruçando-se sobre a questão telada:

Pondo um pouco de lado o aspecto eminentemente moral que permeia o tema, é forçoso convir que a infidelidade e os amores paralelos fazem parte da trajetória da própria humanidade, acompanhando de perto a história do casamento.

Com efeito, uma vez presente em todos os momentos históricos da humanidade, e cediça a constante transformação axiológica que circunda a sociedade, decorrente da própria evolução do ser humano enquanto membro de um agrupamento, que o leva a tecer novos valores, superando outros tantos; como não poderia ser diferente, o tratamento ético-moral – e, conseqüentemente, jurídico – no que concerne ao tema sofreu, também, diversas transformações ao longo da história.

A par deste câmbio de lentes por onde se enxergou o concubinato, restou ao Direito acompanhar a nítida evolução social, reconhecendo na reportada união características que o alçavam ao patamar de instituição juridicamente relevante, desde que observadas; ou instituindo pechas que, uma vez verificadas, maculavam a relação a ponto de figurar no campo do ilícito.

2.1. Panorama jurídico do concubinato antes da Constituição de 1988

Costumava-se conceituar concubinato como a união entre pessoas de sexos distintos mediante uma situação de fato, descobertos pelo manto do casamento, possuindo como força motora da união unicamente o afeto, à revelia das formalidades exigidas *ex vi legis*. Prosseguia, assim, a doutrina na definição do referido instituto, distinguindo duas modalidades de concubinato: o puro e o impuro (FARIAS; e ROSENVALD, 2002, p. 388).

Caracterizava-se, pois, concubinato puro como aquela união formada por pessoas que, embora pudessem se casar, preferissem permanecer alheios ao matrimônio, desguarnecidos do caráter oficial, solene e burocrático inerente o casamento, enquanto que o concubinato seria impuro caso fosse “adulterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como de um homem casado ou concubinado que mantenha, paralelamente ao seu lar, outra de fato” (AZEVEDO, 2002, p. 190).

Notadamente, o traço que determinava se era encaixado em uma ou outra forma de concubinato dizia respeito à possibilidade que tinham as partes em contrair o casamento – se não houvesse qualquer vedação legal para o matrimônio, o concubinato enquadrar-se-ia como puro, caso contrário, seria etiquetado como impuro.

Acrescia-se ao conceito de concubinato puro, constituindo exceção à regra, o caso de um dos concubinos (ou ambos) estar separado de fato. Emprestava-se, pois, efeitos jurídicos a uma situação que, embora de fato, era reconhecida pelo ordenamento como causa de extinção do regime de bens e do dever de fidelidade – obrigação esta que será melhor analisada no item 4, ao qual se remete o leitor –, conferindo a possibilidade dos separados de fato constituírem nova família sob os bons olhos do Direito que, embora não pudessem casar, em razão do casamento só encontrar um fim com o divórcio, conferia-lhe “pureza”.

O concubinato puro – aquele aceito pelo ordenamento jurídico – passou a ser protegido

do com a entrada em vigor do Decreto 20.465/31 (Lei Orgânica da Previdência Social). Conferia o referido diploma legal que reformou o sistema das Caixas de Aposentadorias e Pensões no país, à concubina, o direito de perceber pensão previdenciária (FIGUEIREDO, 2010, p. 4).

Em atraso em relação à legislação previdenciária, o Direito Civil, em passos lentos, apenas alcançou àquela a partir da Jurisprudência. Campo onde notadamente sempre reinou o caráter privatista², de índole puramente patrimonial, outra tutela não poderia ser dada que não a de cunho obrigacional. Com efeito, procedeu-se com o reconhecimento pelos serviços domésticos prestados pela concubina, fato gerador de indenização por danos materiais.

Ora, era claro que os serviços domésticos realizados pela concubina constituía uma prestação que não correspondia a outra de ordem pecuniária. Destarte, podia-se entender que o homem acabava por se aproveitar dos trabalhos, locupletando-se de forma ilícita, às custas do labor gratuito da mulher. Contudo, encarar tal situação como simples relação em que uma das partes presta serviço para o bem comum de ambos, outorgando-lhe apenas indenização por estes serviços, é ignorar outros aspectos da relação e, sobretudo, o seu real sentido de entidade familiar.

Nesta esteira, anota Wagner Bertoloni (2005, p. 63):

A forma indenizatória por “serviços domésticos” embora única maneira razoável, era um atentado contra a natureza jurídico-social da união estável. Em verdade, o fundamento encontrado para justificar essa saída encontrada é que se dava pela necessária e isonômica cooperação nos serviços domésticos, certamente compensados por outros favores e contraprestações, como habitação, alimentação, vestuário e demais.

Ademais, este entendimento fechava os olhos para a crescente inclusão da mulher no mercado de trabalho e sua participação ativa no gerenciamento da vida comum, inclusive econômica, deixando de ocupar – pelo menos com exclusividade – o papel de dona-de-casa. A ponto de anotar Irineu Antônio Pedrotti (2002, p. 257) que “sente-se em todos os cantos que essa espécie de reparação – indenização por serviços domésticos – repugna à consciência crítica da mulher”.

Criou-se, assim, posteriormente, um discurso jurídico que encarava o concubinato como uma sociedade de fato³, ensejando, com a sua dissolução, sob pena de configurar-se enriquecimento sem causa, a partilha do patrimônio comum constituído.

Este entendimento restou consagrado no Enunciado nº 380 da Súmula da Corte Suprema, assim editada: “comprovada à existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Como conseqüência direta deste fato, era exclusivamente competente, para conhecer das ações de dissolução de relações decorrentes de concubinato para partilha dos bens adquiridos em sua constância, o Juízo Cível. Por não se caracterizar, aos olhos da Lei, uma estrutura de cunho familiar, a extinção destas “sociedades de fato” não poderia ser posta à análise do Juízo de Família.

A curiosa construção, a despeito do viés positivo, que não se pode negar, uma vez que, analogicamente, acabava por tutelar uma situação de fato pela qual clamava a sociedade por proteção, acompanhando a própria evolução axiológica social, atribuindo um regramento patrimonial semelhante ao do casamento; terminava também por subverter os padrões que sustentam o instituto.

É dizer, comparar o concubinato a uma sociedade mercantil e pô-lo sobre a égide do regramento comercial de dissolução de sociedades empresárias é ofender o valor do vínculo que os une, banalizando a essência do afeto, e reiterar o não reconhecimento da relação como entidade familiar.

Advogando para a mesma tese, anota, com precisão, Wagner Bertolini (2005, p. 65), o impacto do entendimento jurisprudencial firmado que originou o supramencionado Enunciado:

[...] farto entendimento jurisprudencial se firmou nos nossos Tribunais, inicialmente, relacionando, sob a égide do direito comercial, dissociando, por inteiro, o caráter sócio-afetivo característico dessas relações, sendo, dessa forma, solução paliativa e trazendo certo prejuízo para a verdadeira entidade familiar que, decorrente de tais relações, se constituía.

Embora, pontualmente, naquela oportunidade, tempestivo e interessante o reportado entendimento, este não haveria de se coadunar às novas concepções morais que percebia-se na sociedade, sobretudo após a íntima mudança dos princípios que regem o ordenamento pátrio por ocasião do Texto Fundamental de 1988.

2.2. Virada constitucional. O concubinato pós-Constituição de 1988

Toda esta subdivisão e conceituação se perderam um pouco no tempo pela doutrina. É que a Constituição de 1988 – a Constituição Cidadã, nas palavras de Ulysses Guimarães (SILVA, 2008, p. 90) – alterou profundamente a regulamentação do concubinato; excluindo, inclusive, a terminologia que remetia à “pureza”, vez que notadamente carregada de carga pejorativa, bem como carregava o termo *concubinato*, que já trazia a idéia do ilícito, completamente dissociada da real situação que aspira a refletir.

Neste espedeque, persistiu a nomenclatura *concubinato* em relação tão-somente ao seu padrão impuro, agora sem adjetivação; e sendo o concubinato puro alçado ao patamar de entidade familiar, pelo art. 226, § 3º da *Lex Legum*⁴ sob o rótulo de *união estável*.

2.2.1. A União Estável e o Concubinato Puro

Conquanto claramente venha a substituir o concubinato puro, cuidou a legislação ordinária de delinear os critérios para caracterização, para os efeitos legais, da união estável. Assim, com vistas a resguardar a segurança jurídica, tentou-se criar padrões temporais ou verificação de demais situações abstratas para sua configuração. Nesta esteira, assim dispunha a lei federal nº 8.971/94, que fora editada com o fito de regular o direito do companheiro à sucessão e a alimentos:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

ENTRE ASPAS

A delimitação, contudo, em sede da legislação ordinária, é dizer, de forma abstrata, de requisitos cujo valor semântico só ganha relevância com a análise casuística do suporte fático concreto, acaba por desfigurar o próprio sentido da proteção constitucional à união estável.

O prazo, contudo, fora abolido quando da entrada em vigor da lei federal nº 9.278/96, que veio regulamentar o art. 226, §3º do Texto Constitucional que, além de tornar clara a competência do Juízo da Vara de Família para conhecer dos casos relativos à União Estável⁵, versou sobre o instituto familiar em apreço sem fazer qualquer alusão a índices temporais fixos, nos seguintes termos:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Tal dispositivo foi mantido, praticamente *ipsis litteris*, no novel Código Civil, em 2003, que assim preconiza:

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

Afere-se do texto legal, pois, que alguns são os requisitos para a configuração da União Estável, quais sejam: a dualidade de sexos⁶; estabilidade – como constata-se das mais perfunctórias análises da própria terminologia do instituto em apreço –; publicidade da relação, continuidade; ausência de impedimentos matrimoniais ou causas suspensivas (pressuposto este que remonta aos requisitos do concubinato puro); e, por fim, mas que representa o de maior importância entre todos, o *intuito familiae*.

Caminhando ainda nesta direção, forte no reconhecimento de que a configuração da união estável apenas é possível à luz do caso concreto, têm superado os Tribunais Superiores interpretações que se cingem a emoldurar o conceito, estabelecendo prazos e *standards* para a sua verificação. Assim, se antes fazia-se necessária a residência comum, o Supremo Tribunal Federal atualizou o posicionamento com a edição do Enunciado nº 382 da Súmula daquela Corte.

Enunciado nº 382.

A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização da união estável.

Ainda sobre o tema, manifesta-se Rodrigo da Cunha Pereira (2001, p. 30)

É preciso considerar, entretanto, que o conceito de comunidade ou comunidade de vida tem sofrido profundas mudanças na contemporaneidade. A tendência parece ser mesmo a de dispensar a convivência sob o mesmo teto para a caracterização da união estável, exigindo-se, porém, relações regulares, seguidas, habituais e conhecidas, se não por todo mundo, ao menos por um pequeno círculo.⁷

Com efeito, afigura-se como correto que se torna completamente dispensável e

despicienda observância de prazo, compartilhamento de residência, existência de prole comum; mas, se, em sentido oposto, daquela união brotar um sentimento de índole familiar, que fazem as partes que a compõe se enxergarem como tal, estará caracterizada a união estável, e todos os outros requisitos serão, dele, consequência direta.

Nesta senda, cumpre destacar novamente o magistério de Rodrigo da Cunha Pereira (2001, p. 34):

Em síntese, os elementos caracterizadores da união estável são aqueles que vão delineando o conceito de família. Não é a falta de um desses elementos aqui apresentados que descaracteriza ou desvirtua a noção de união estável. O importante, ao analisar cada caso, é saber se ali, na somatória dos elementos, está presente um núcleo familiar, ou, na linguagem do art. 226 da Constituição da República, uma entidade familiar. Se aí estiver presente uma família, terá a proteção do Estado e da ordem jurídica.

Este entendimento pode ser aferido de julgado do Superior Tribunal de Justiça, debruçando-se sobre o Recurso Especial nº 474.962/SP, da relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Eis a ementa do aresto:

DIREITOS PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. CONVIVÊNCIA SOB O MESMO TETO. DISPENSA. CASO CONCRETO. LEI N. 9.728/96 [sic]. ENUNCIADO N. 382 DA SÚMULA/STF. ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECONVENÇÃO. CAPÍTULO DA SENTENÇA. *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*. HONORÁRIOS. INCIDÊNCIA SOBRE A CONDENAÇÃO. ART. 20, § 3º, CPC. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

I - Não exige a lei específica (Lei n. 9.728/96 [sic]) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável.

II - Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes.

III - O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento, como no caso entendeu o acórdão impugnado.

IV - Seria indispensável nova análise do acervo fático-probatório para concluir que o envolvimento entre os interessados se tratava de mero passatempo, ou namoro, não havendo a intenção de constituir família.

[...] (DJ 01.03.2004)

É que, conforme melhor hermenêutica constitucional, assim entendida aquela que empresta às normas do Texto Fundamental sempre a máxima efetividade⁸, estar-se-ia, com a cria-

ENTRE ASPAS

ção de requisitos específicos não consagrados na Carta, obstaculizando a proteção que a própria Constituição cuidou de garantir, elidindo, do seu manto protetor, estruturas convivenciais que, notadamente, constituem entidade familiar.

2.2.2. O Concubinato (impuro)

Após a elevação do concubinato puro ao patamar de entidade familiar, mais clara ficou a distinção, por imposição de ordem moral da sociedade que representa, entre aquele e o concubinato impuro que, antes do advento da Constituição, compartilhavam o mesmo gênero.

Estreitou-se, pois, a relação do concubinato com o ilícito, posto que, excluindo-se aquela família desmatrimonializada, restaram apenas as relações em que uma ou ambas as partes violavam o dever de fidelidade inerente ao casamento – ou união estável – ou presente relação de parentesco entre os conviventes.

Conceitua, nesta esteira, o Código Civil, o concubinato:

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

São consideradas, assim, relações concubinárias aquelas adúlteras, desleais ou, ainda, incestuosas; remetendo-se ao art. 1.521 do Código Civil⁹ que arrola as hipóteses de impedimentos matrimoniais. Todavia, é normalmente remetido o concubinato à idéia da relação extraconjugal, conforme se afere da conceituação de Rolf Madaleno (2008, p. 816) ao excluir outras hipóteses:

Traduz uma união impura, representando ligação constante, duradoura e não eventual, na qual os partícipes guardam um impedimento para o matrimônio, por serem casados, ou pelo menos um deles manter íntegra a vida conjugal e continuar vivendo com seu cônjuge, enquanto ao mesmo mantém um outro relacionamento, este de adultério, ou de amasiamento.

Neste sentido, fortemente conectada à noção de ilicitude, a tradicional concepção sobre o concubinato sempre negou qualquer tutela jurídica aos interesses dos concubinos.

3. Novas concepções de entidade familiar. A família à luz da principiologia constitucional

A Carta de 1988, contudo, além da exemplificação da união estável como entidade familiar, trouxe ainda todo um arcabouço principiológico que vai além da simples previsão normativa do concubinato puro e o seu reconhecimento pontual.

Em sentido bem mais amplo, caminhou a Constituição para absorver os novos conceitos de *Família* que estavam surgindo – ou sendo mais aceitos socialmente. Embora não tenha feito de forma expressa com todas as estruturas relacionais interpessoais, consagrou princípios que embasam um discurso jurídico muito mais efetivo na vereda familiar, no sentido de abarcar outras tantas formas – ou melhor, elidir a tradicional exclusão.

Insta salientar que, entre as ciências que estudam as relações psicológicas existentes entre os homens e entre ele e seu próprio íntimo, o casamento nunca foi entendido como modelo único do núcleo familiar, posto que não precisava se preocupar com o que a Lei estritamente previa. Nesta linha, anota Pedro Luiz Netto Lôbo (2002, p. 1) em interessante – já pelo título¹⁰ – artigo sobre o tema:

Na perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não se resumia à constituída pelo casamento, ainda antes da Constituição, porque não estavam delimitados pelo modelo legal, entendido como um entre outros.

Trata, pois, a norma restritiva de imposição de índole puramente moral, pautada nos ditames da época em que nasceram. Nesta esteira, acompanha-se o entendimento de Gustavo Tepedino (1997, p. 56) que, ao debruçar-se sobre o tema, assevera que:

A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial.

Contudo, o Direito, como ferramenta hábil para concretização dos direitos fundamentais, deve acompanhar, *pari passu*, a evolução social que, hodiernamente, acena uma transformação axiológica no campo das noções familiares apta a reconhecer outros vínculos que não apenas o casamento e a união estável.

Não se pode perder em vista, portanto, o fenômeno da mutação constitucional¹¹, por meio do qual um mesmo texto constitucional sofre mudanças, não ortográficas, mas semânticas, diante da mudança ocorrida na sociedade. É dizer, a despeito da manutenção da antiga redação do dispositivo constitucional, passa-se, com esteio nas novas concepções atinentes à matéria, interpretando o mesmo texto, a retirar-lhe outra informação normativa.

Este fenômeno se impõe pela necessidade que possui a Constituição escrita, positivada, de caminhar ao lado do seu reflexo social, a Constituição real, guardando sempre identidade e correspondência entre o texto constitucional e as relações empiricamente verificadas, sob pena de tornar-se aquela, como já alertava Ferdinand Lassalle, nada mais que uma folha de papel.

Anota ainda, acerca da interpretação constitucional, Konrad Hesse (1992, p. 40) sobre a hipótese de omissão do Texto Fundamental, que “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”.

Mister se faz, destarte, exportar a realidade fática verificada na sociedade à normatização da Constituição, não inchando o texto constitucional, mas permitindo uma interpretação conforme os anseios sociais que, inserido no momento histórico que é realizada, conduz, através dos princípios – normas de conteúdo valorativo e semântica aberta – ao entendimento adequado.

Desta forma, destaca Pedro Luiz Netto Lôbo (2002, p. 3) a interpretação que deve ser dada, à luz da principiologia constitucional sob a nova ótica social vigente, ao art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988, pela lente do qual a doutrina costuma enxergar a posição hierárquica superior do casamento em relação às demais relações familiares:

ENTRE ASPAS

A interpretação literal e estrita [do art. 226, § 3º da Carta de 1988] enxerga regra de primazia do casamento, pois seria inútil, se de igualdade de cuidasse. Todavia, o isolamento de expressões contidas em determinada norma constitucional, para extrair o significado, não é a operação hermenêutica mais indicada. Impõe-se a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere.

Com efeito, qualquer interpretação das normas constitucionais, sobretudo nesta seara tão íntima ao ser humano, deve ser feita à luz dos preceitos básicos introduzidos pela Carta de 1988, sob pena de verdadeira inconstitucionalidade. Neste espeque, compreende-se que não há melhor definição de entidade familiar que não perpassa pela idéia de dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana fora alçado, pela *Lex Legum*, ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, a teor do seu art. 1º¹². Contudo, o seu conteúdo, tanto mais porquanto – voluntariamente – provido de teor semântico abstrato, a ser preenchido, *in casu*, pelo aplicador do Direito, é objeto de inúmeras tentativas de conceituação.

Arvorando-se a executar esta tarefa, preleciona Judicael Sudário de Pinho (2003, p. 143):

A dignidade da pessoa humana, pois, um princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, busca a valorização da pessoa, do cidadão enquanto individualidade, do ser com capacidade própria de raciocínio. A dignidade da pessoa humana é a garantia das condições mínimas de sobrevivência para que o homem possa exercer os direitos oportunizados pela garantia de ser cidadão.

Em contrapartida, não raro esta conceituação queda-se impregnada de preconceitos e adoção de modelos enlatados de algo que, por definição, é inerente a cada indivíduo. Assim, qualquer definição tendente a instituir valores universais de “vida digna” e “condições compatíveis com a dignidade humana” é ignorar as diferenças entre cada indivíduo e desrespeitar as suas idiossincrasias, exaltando uma ditadura moral.

É dizer, não pode o Direito adquirir este mister paternalista de definir aquilo que é ou não digno e o que se compatibiliza com a condição de ser humano, castrando os indivíduos no que toca a liberdade de ser aquilo que realmente são. Entendimento diferente termina por acarretar o oposto do pretendido, pois só há enxergar-se como ser humano uma vez respeitadas as suas individualidades¹³. Há de se sustentar, destarte, uma dignidade da pessoa humana em sentido substancial, em que garantido ao indivíduo desenvolver seu conceito de *dignidade* de acordo com aquilo que, de fato, é.

Com efeito, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, forte na preservação da autodeterminação e na escolha, pelo próprio indivíduo, daquilo que é melhor para si – que remonta, inclusive, à idéia de proteção à vida privada –, há de ser protegido o direito do indivíduo em articular a estrutura familiar que melhor se coaduna com as suas expectativas em relação à Família. Assim, deve ser entendido o rol impresso no art. 226 da Constituição¹⁴ como meramente exemplificativo, posto que não encerra todas as modalidades existentes ou que, ainda, possam vir a existir, na realidade brasileira.

Advogando para este entendimento, Pedro Luiz Netto Lôbo (2002, p. 3):

Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e consti-

A REVISTA DA UNICORP

tuir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada. (p. 3)

Completa ainda o autor, abraçando o entendimento de que entidade familiar é, de fato, aquela que fornece campo fértil para a realização existencial do indivíduo, correspondendo às expectativas que cada indivíduo tem como tal, independentemente da estrutura escolhida:

A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. (LÔBO, 2002, p. 5)

Não bastasse, a doutrina constitucional, capitaneada, entre os juristas pátrios, por Luís Roberto Barroso (2007), vem enxergando um novo fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo, que constitui um novo discurso jurídico que pretende encarar as normas constitucionais como ferramentas idôneas para o desenvolvimento social, forte na máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Assim, à Constituição Federal cumpre ir além dos Textos Fundamentais tradicionais do liberalismo, de mero diploma organizador da estrutura do Estado, mas consagrar os anseios da sociedade que está sob sua égide, na medida em que formula garantias e direitos a serem alcançados e serve de mecanismo para o seu desenvolvimento. Contudo, este desiderato só é possível emprestando-se aos direitos constitucionais, máxime os fundamentais, maior eficácia possível.

Destarte, deve-se compreender a proteção constitucional à vida privada¹⁵ como espaço autorizado pelo Direito para que o indivíduo exerça sua personalidade, livre de interferências de ordem moral com as quais não concorda, perfazendo um local em que possa se realizar enquanto pessoa e desenvolver as idiossincrasias mais inerentes ao seu existencialismo.

Desta forma, impor ao indivíduo padrões de estruturas familiares pré-compreendidas e já formuladas, é invadir – de forma arbitrária e inconstitucional – a sua vida privada, de sorte que, ainda por este motivo, há de prestigiar a livre escolha quanto à entidade familiar que melhor se adequa à sua expectativa.

Em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.300, o Ministro Relator Celso de Mello, embora tenha afastado o pronunciamento de mérito pela Suprema Corte sobre o tema, por razões processuais, noticiou o que pode vir a ser um novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. Na decisão monocrática do Relator, debruçando-se sobre o pedido de declaração da inconstitucionalidade do art. 1º da lei federal nº 9.278/96, para reconhecer-se a união homoafetiva como entidade familiar, pontuou o entendimento ora esposado. Eis trecho da decisão terminativa:

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental –, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-

ENTRE ASPAS

discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. (DJ 09.02.2006)

Com efeito, afigura-se como correto o reconhecimento, como entidade familiar de qualquer estrutura, independentemente de previsão normativa expressa, que apresente três requisitos: afetividade, estabilidade e ostensibilidade (LÔBO, 2002, p. 2).

Em outras palavras, excluem-se apenas as relações pautadas em outros vínculo que não o afeto, posto que entendimento diferente iria de encontro à própria essência da concepção de Família, como já esposado alhures; as casuais; e aquelas que não possuem uma dimensão pública, em que a sociedade desconhece a existência, até, de uma relação estável, independentemente da adjetivação que possa ser-lhe atribuída.

4. Princípio da monogamia (?)

Diante deste novo tratamento a que é dado às entidades familiares, e à vista do reconhecimento de novas estruturas relacionais como verdadeiras famílias, impende revisitar os tradicionais princípios peculiares do Direito de Família. Vale dizer, convém revolver o que a doutrina costumava apontar como dogmas imutáveis, à luz da própria evolução axiológica da sociedade e a concepção ora assinalada do princípio da dignidade da pessoa humana.

O tema sempre foi tratado como princípio inafastável do Direito de Família, contudo, teve lastro sempre no preconceito que permeava qualquer trato da questão, sobretudo por ordem religiosa que, até hoje, rechaça uma família desmatrimonializada. É dizer, a família monogâmica foi fruto do meio moral da época em que foi pensada, forte na proteção patrimonial. É que, concentrando-se a família em um único núcleo, protegia-se a dispersão, por herança, do patrimônio patriarcal.

Nesta senda, assinala Maria Berenice Dias (2010):

A monogamia – que é só monogamia para a mulher, conforme alerta Engels – não foi de modo algum um fruto do amor sexual individual, mas uma mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o condomínio espontâneo primitivo. A constituição da família pelo casamento tem por finalidade a procriação de filhos, que têm de ser filhos do patriarca, pois estão destinados a se tornar os herdeiros da sua fortuna.

Contudo, uma vez reconhecida a igualdade de filiação, pela Constituição de 1988, entre os havidos na constância do casamento e os demais (seja fruto de relações adulterinas ou desleais, seja havido em outros momentos – anteriores ou posteriores ao casamento), já cai por terra este discurso capitalista, de modo que, ainda que constituísse dogma intransponível, a monogamia não seria ferramenta hábil a proteger o interesse patrimonial.

Em verdade, não há, na Constituição, qualquer previsão expressa que permita emprestar-lhe o *status* de princípio. Possui a monogamia, ao revés, endereço infraconstitucional;

melhor dizendo, assiste no art. 1.556, I do Código Civil¹⁶, através da imposição da fidelidade como dever legal decorrente do casamento.

Quando trata da união estável, prefere o reportado diploma legal o termo *lealdade*, a teor do art. 1.724. Contudo a maior parte da doutrina, forte, por exemplo, em Rolf Madaleno (2008, p. 814) e Cristiano Chaves e Farias e Nelson Rosenvald (2009, pp. 402/403), confere, também à união convivencial, o dever de fidelidade.

Esta doutrina encontra lastro na lição de Álvaro Villaça Azevedo (2002) que entende a fidelidade como espécie do gênero lealdade. Assim, em verdade, ao prever o dever de lealdade, está-se exigindo obrigação maior, inclusive, que a prevista no casamento. Abarcaria, por exemplo, atos, em que embora não haja o contato físico apto a ocasionar o adultério (que violaria o dever de fidelidade), ofendem o dever de lealdade em sentido lato, vez que se afasta dos padrões de respeito mútuo, como a infidelidade virtual¹⁷.

Embora pareça correto o posicionamento terminológico proposto pelo autor, este não induz, todavia, o efeito por este pretendido. Justamente por se tratar de conceito mais amplo, não está restrito às características do conceito estrito – exigência de não violação aos deveres conexos ao casamento, mantendo-se a unidade de relação sexual com o cônjuge.

Assim, deve-se entender como suficiente para atender o dever de lealdade o respeito e o conhecimento do convivente. É dizer, uma situação que poderia ser encarada como de infidelidade, poderia ser, ao revés, leal, se dela tivesse o prévio conhecimento a parte inocente e contra ela não se opusesse.

A solução da maior parte da doutrina parece intentar contra a normatização quase correlata entre os institutos do casamento e a união estável; em que, quase se equiparando em direitos, as diferenças de obrigações são sempre no sentido de exigir mais da relação matrimonial. Assim, exigir uma observância a deveres que não são exigidos no casamento, união solene e burocratizada, não corresponde ao caráter informal da união estável.

Em verdade, andou bem o Código Civil ao prever o dever de lealdade aos conviventes, ao invés de fidelidade, embora não o tenha feito com o casamento. É dizer, a previsão da *lealdade* poderia ser já a vitória, em sede legislativa, do entendimento de que a monogamia não constitui valor supremo e absoluto no ordenamento jurídico pátrio, mas sim – com esteio no princípio da dignidade da pessoa humana – deve permear as relações familiares apenas o respeito mútuo e a lealdade entre os seus participantes, desconectados de qualquer convenção social que, essencialmente, constituirá estereótipo calcado no preconceito.

Ocorre, contudo, à margem desta discussão terminológica, que o dever de fidelidade, ainda que positivado como tal, não constitui de fato uma obrigação. Vale dizer, sua verificação cabe apenas na hipótese de possível término da relação conjugal, em sede de aferição de culpa, mas, ao revés, não constitui obrigação sequer exigível na constância do casamento, a menos que se entenda possível a esdrúxula hipótese de provocação judicial no sentido de condenar o cônjuge infiel em obrigação de não-fazer para que se abstenha de promover relações sexuais com outras pessoas ou a realizar quaisquer outros atos que atentem contra o dever de fidelidade, ou ainda cominar-lhe *astreintes* em caso de descumprimento.

É claro que tal hipótese só poderia se abrigar no âmbito das anedotas, posto que se desvirtuaria por completo da essência da relação familiar: o afeto. Assim, preleciona Maria Berenice Dias (2010):

Pode-se assim dizer que a fidelidade, enquanto dever de um e direito do outro, vive durante o casamento, mas só serve de fundamento para justificar

ENTRE ASPAS

a busca do seu término. A imputação da culpa pelo descumprimento do dever de mútua fidelidade não permite buscar seu adimplemento durante a constância do vínculo matrimonial, concedendo tão-só um direito à separação.

Continua ainda a autora, arrematando:

Portanto, se a fidelidade não é um direito exequível e a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, nada justifica a permanência da previsão legislativa, como um dever legal, até porque ninguém é fiel porque assim determina a lei, ou deixará de sê-lo por falta de uma ordem legal. Não é a imposição legal de normas de conduta que consolida ou estrutura o vínculo conjugal, mas simplesmente a sinceridade de sentimentos e a consciência dos papéis desempenhados pelos seus membros que garantem a sobrevivência do relacionamento, como sede de desenvolvimento e realização pessoal. (DIAS, 2010)

Tem-se, pois, que a monogamia é, em verdade, uma norma cujo viés imperativo reside tão-somente nas questões de moralidade, embora seja dotada de certo caráter até sancionador – dentro do meio social, pelas pressões que despende a sociedade àqueles que não acompanham as tradições –; ficando à margem da interferência do Direito.

A despeito do posicionamento ora defendido, poucas não são as passagens, no ordenamento pátrio, em que se afere, ao revés, uma forte preferência pela monogamia.

É dizer, quando trata do casamento, destaca o Código Civil, no art. 1.521, VI¹⁸, que constitui impedimento matrimonial a subsistência de casamento anterior por qualquer das partes, não sendo dado a quem já é casado, o direito de casar-se novamente.

Privilegia-se a monogamia ainda ao situar, como dito, o dever de fidelidade como obrigação do casamento e, no caso de descumprimento, ensejar a separação por culpa. Assim, tem-se como reflexos a perda do direito aos alimentos pelo cônjuge culpado¹⁹, salvo se necessitado e não houver quem os possa prestar²⁰, e a permanecer com o patronímico do cônjuge inocente, se este assim o desejar²¹.

Há ainda outras passagens em que se pode constatar a preferência dada às relações monogâmicas em detrimento das relações paralelas como, por exemplo, a anulabilidade da doação ao concubino²², bem como da impossibilidade deste constar como herdeiro ou legatário do cônjuge infiel²³.

Todavia, nada obstante estas disposições legais, há sempre de se mirar a Constituição como norma suprema de eficácia normativa vinculante à legislação ordinária. É dizer, deve-se sempre interpretar os diplomas legais infraconstitucionais à luz da Carta, e não o contrário.

Assim, apesar da flagrante preferência pela monogamia em sede infraconstitucional, constata-se que a Constituição não consagrou qualquer determinação de onde se pudesse inferir o mesmo. O contrário, ao consagrar novas concepções de Família, o Texto Fundamental está caminhando para a inclusão, e não exclusão das entidades familiares, independentemente da forma que escolheram para se articularem.

Este é o pensamento de Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, p. 12) ao arrematar:

Não se pode enxergar na Constituição o que ela expressamente repeliu, isto é, a proteção de tipo ou tipos exclusivos de família ou da família como valor

em si, com desconsideração das pessoas que a integram. Não há, pois, na Constituição, modelo preferencial de entidade familiar, do mesmo modo que não há família de fato, pois contempla o direito à diferença. Quando ela trata de família está a referir-se a qualquer das entidades possíveis. Se há família, há tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade.

O que, na verdade, resta protegido, inclusive pelo próprio princípio da dignidade da pessoa humana, é o direito de ser respeitado. Este respeito que fundamenta o suposto princípio da monogamia, contudo, há de ser enxergado em seu sentido amplo, resguardando o direito de ser respeitado nas suas escolhas daquilo que melhor se coaduna com as suas expectativas para a vida e visão do mundo.

Com efeito, não há que se falar em ilicitude ou quebra do vínculo da confiança entre os cônjuges ou conviventes se, por nímio respeito, ambos conhecem, aprovam e encontram sua felicidade naquela forma de vida, seja ela monogâmica, seja poligâmica ou qualquer outro modo que, forte na garantia outorgada pela Constituição de se autodeterminarem e preencherem aquilo que melhor lhe provenha em termos de vida privada, enxerguem sua dignidade enquanto ser humano.

Não cabe, pois, ao Direito, imiscuir-se no âmbito da vida privada dos indivíduos, saqueando sua liberdade e invadindo o domicílio familiar, para dizer aquilo que é certo e o que é errado.

5. Dos direitos da concubina

Certo, pois, que não constitui, no ordenamento jurídico brasileiro, a monogamia, nada além de uma imposição da seara moral, âmbito no qual não deve invadir o Direito, cumpre traçar os delineamentos de uma possível tutela dos direitos dos concubinos.

Vale dizer, a despeito dos olhares, não raro, recriminadores da sociedade, é possível, no Direito pátrio, ser o concubino um sujeito de direitos?

5.1. Positivismo jurídico: negativa de direitos à concubina

Entre as muitas respostas que podem ser dadas a este questionamento, a que primeiro se apresenta é aquela que decorre diretamente da exegese mais fria e literal dos dispositivos atinentes à matéria.

Com efeito, seria a monogamia dogma inafastável do ordenamento pátrio e, assim, ao prever o concubinato dentro do título destinado à União Estável, estar-se-ia fazendo uma exceção à união convivencial protegida pelo Direito, de modo que aquela formada por pessoas que não podem se casar, a teor do art. 1.727 do Código Civil, constituiria um relação fora do âmbito da União Estável.

É dizer, o reportado dispositivo legal estaria deixando claro que, apesar de reconhecida a união estável como entidade familiar, as relações, ainda que estáveis, formadas por quem encontra impedimento ao matrimônio, não seria etiquetada de união estável e, portanto, fora do alcance do reconhecimento do Direito como Família.

Esta posição, assim, nega qualquer direito a quem vive em concubinato, posto que não encontra amparo legal algum que o sustente.

5.2. Solução analógica: direitos da concubina na seara obrigacional

Outra solução possível é resgatar, hodiernamente, aquele discurso jurídico esquadrinhado no período pré-Constituição de 1988 para alcançar a proteção legal ao concubinato puro.

É dizer, sob o argumento da vedação ao enriquecimento ilícito, uma vez reconhecido que a concubina exerce um esforço – ora físico, ora financeiro – para a estruturação do bem comum, esta deveria ser contemplada com uma contraprestação.

Desta forma, equiparando-se novamente o concubinato (agora o antigo impuro) às sociedades de fato, emprestando-lhe definição comercialista e ignorando o vínculo afetivo que lhe sustenta, conferir-se-ia à concubina o direito à partilha do patrimônio constituído pelo esforço comum durante a constância da união.

Para o caso de não haver patrimônio a se dividir quando da dissolução do concubinato, em homenagem ainda à vedação ao locupletamento sem causa, tendo em vista que, apesar de não ter construído um patrimônio comum, a concubina prestou serviços para o bem do casal, faria jus a indenização pelos serviços domésticos, recorrendo novamente a construções anacrônicas sobre o tema.

A despeito de, como tratado quando da análise deste entendimento em momento anterior, conferir, pela primeira vez, ao concubino uma proteção, ainda que exclusivamente patrimonial, aos seus interesses – o que, não se pode negar, é um ponto positivo – renega o amor a um vínculo formador de sociedades mercantis. Assim, ao fim do *affectio societatis*, simplesmente dissolve-se à sociedade com a repartição do patrimônio comum de acordo com a participação societária.

O afeto, ao revés, não é digno de divisão em cotas, nem o carinho despendido pode ser tratado como capital integralizado, de forma que não há de prosperar um tratamento de uma entidade familiar à luz do regramento do Direito de Empresa. Este entendimento, assim, em sentido diametralmente oposto ao que caminha a Constituição Federal, termina por reiterar o não reconhecimento de outras estruturas relacionais como Família.

5.3 Tese maximalista: homenagem às diferenças e reconhecimento do concubinato como entidade familiar

Por fim, é possível ainda, a partir do fértil solo emprestado pelos princípios constitucionais expostos neste trabalho – sobretudo nos itens 3 e 4, ao qual se remete o leitor – arvorar-se a estender o círculo do reconhecimento como entidade familiar a estruturas não contempladas no art. 226 da Constituição de 1988, como, por exemplo, uniões formadas por pessoas do mesmo sexo e – por que não? – pessoas que já se encontram casadas ou em união estável.

A personalidade é o traço distintivo primordial do homem dos outros animais, e é o que o torna mais evoluído em relação aos demais. Enquanto, entre os outros animais, predomina a perseguição do instinto comum; o homem possui, pelo seu livre arbítrio, e dada a sua racionalidade, que caminha ao lado da sua emoção, traçar formas diferentes de viver a sua vida.

Destarte, abraçar esta tese é aceitar as diferenças que não inerentes ao ser humano e que constitui a sua maior beleza e reconhecer que se está apenas abrindo os olhos do Direito, que por longo tempo estavam cerrados, para constatar aquilo que já acontece.

É dizer, não seria negando o evidente que se extinguiria as relações concubinárias, mas, ao revés, regular tais situações, é permitir que o Direito alcance mais esta manifestação social humana.

Este é o entendimento de que compartilha Maria Berenice Dias (2007, pp. 163/164):

Negar-lhe existência, sob o fundamento de ausência do objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera **irresponsabilidades** e enseja o **enriquecimento ilícito** de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso. Nega-se divisão de patrimônio, nega-se obrigação alimentar, nega-se direito sucessório. Com isso, nada mais se estará fazendo do que incentivar o surgimento desse tipo de relacionamento. Estar à margem do direito traz benefícios, pois não impõe nenhuma obrigação.

Esta conclusão é a que melhor se coaduna com o espírito inclusivo da Carta de 1988, trazendo para o manto protetor do Direito todas as situações que se apresentam, de fato, como família, mas que não eram assim reconhecidas. Passar-se-ia a tratar o concubinato, pois, dentro da seara do Direito de Família, e não a partir de analogias forçadas para equiparar a sociedades empresárias, o que homenagearia o afeto que move as pessoas a se relacionarem.

Esta posição, contudo, implicaria necessariamente em uma superação de paradigmas postos, permitindo ao Estado cancelar duas relações familiares paralelas e atentando, de certo modo, à segurança jurídica.

5.4. A boa-fé como agente determinante. A união estável putativa e o concubinato consentido

Dentre as possíveis teses de tratamentos que podem ser dados às relações concubinárias: desde a negativa completa ao reconhecimento máximo como entidade familiar, afigura-se como mais apropriada a que, malgrado distorções da própria essência, trata do tema na seara obrigacional.

Não se haveria de fechar completamente os olhos para algo que existe e, inegavelmente, produz efeitos, traz conseqüências do ponto de vista material e moral aos conviventes; mas também estender um tratamento familiar a todas as relações concubinárias é distorcer também, pelo excesso, os direitos envolvidos.

De fato, reconhecer qualquer organização pautada no afeto, de forma pública e estável, como família é dar maior eficácia e observância à teleologia inclusiva da atual Constituição; respeitando as diferenças e permitindo o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, enquanto conceito individual.

Contudo, não se pode esquecer da dignidade do cônjuge (ou companheiro) inocente. Este também possui valores inestimáveis e enxerga aquela relação, que inclusive fora cancelada pelo Estado, como segura e estável.

É dizer, ao permitir, repentinamente, o reconhecimento de diversas formas familiares paralelas ao casamento ou a união estável, o Direito está pondo o terceiro de boa-fé em situação de visível desconforto por não ter, a despeito de toda cautela decorrente da análise da existência de impedimentos ou causas suspensivas para o casamento, segurança jurídica alguma.

O Direito deve, ao revés, premiar a estabilidade das relações, garantindo ao cônjuge inocente a plena tutela dos seus interesses.

ENTRE ASPAS

Ademais, reconhecer relações adúlteras como entidades familiares é, sem dúvida, contemplar atentados a direitos de terceiro de boa-fé. Não se pode avançar na tutela de interesses dos concubinos se em detrimento de direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico.

Mutatis mutandis, seria como alegarem os concubinos a sua própria torpeza, na medida em que enganam a pessoa com a qual constitui família o cônjuge adúltero (ou desleal), mediante a chancela estatal, e articulam uma nova família – paralela – e desejam também proteção do Direito quanto a esta, em inegável prejuízo à parte inocente.

Com efeito, parece o tratamento adequado, a ponto de não desamparar o fato social, empiricamente verificado, nem, tampouco, desrespeitar a segurança das relações aprovadas pelo Estado, bem como preservando a dignidade e os interesses do terceiro de boa-fé, revolver a Jurisprudência pré-Constituição de 1988, resgatando o Enunciado nº 380 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que havia entrado em desuso face à previsão expressa, no texto constitucional, quanto à união estável.

Assim, lançando mão novamente da aplicação analógica do regramento importado do Direito de Empresa, no tocante à normatização das sociedades empresárias de fato, protegesse, no campo obrigacional, os direitos patrimoniais dos concubinos, na medida em que uma eventual dissolução futura da *sociedade* importa na partilha do patrimônio constituído pelo esforço comum.

Há, contudo, casos em que se esvaziam os argumentos supracitados que ancoram o entendimento que ora se defende. É dizer, não há, nestes termos, afronta à dignidade do cônjuge (ou companheiro) inocente se este conhece as relações paralelas do outro. Como ainda não há torpeza a ser alegada se uma das partes desconhece a outra família já existente.

São casos, pois, em que, malgrado participante de uma relação extraconjugal (ou desleal), a concubina está revestida de total boa-fé, de sorte que, nestes casos, não pode ser-lhe dado um tratamento comum de sócio de uma pessoa jurídica não regularmente registrada.

Com efeito, nestes casos, em homenagem ao princípio da boa-fé – que constitui substrato, inclusive, para negar o reconhecimento, em tese, do concubinato como entidade familiar – revela-se a concubina titular de direitos protegidos pelo Direito de Família.

Situação típica de relação paralela em que se encontra de boa-fé a concubina – e, portanto, deve ser o concubinato reconhecido como entidade familiar – é da união estável putativa. Assim denomina-se aquela relação em que uma das partes desconhece o motivo pelo qual se encontram impedidas de contrair o matrimônio. Desta forma, apesar de relacionar-se com pessoa já casada ou convivente, a concubina tem plena convicção de que vive em união estável, por desconhecer o fato que impede desta relação se implementar.

Logicamente, em casos como este, a proteção decorrente do reconhecimento da estrutura familiar, posto que em premiação ao princípio da boa-fé, somente alcançará a tutela dos interesses do companheiro inocente.

Advogando para o mesmo entendimento, assinala Rolf Hanssen Madaleno (2008, p. 819):

Desconhecendo a deslealdade do parceiro casado, instaura-se uma nítida situação de união estável putativa, devendo ser reconhecidos os direitos do companheiro inocente, o qual ignorava o estado civil de seu companheiro, e tampouco a coexistência fática e jurídica do precedente matrimônio, fazendo jus, salvo contrato escrito, à meação dos bens amealhados onerosamente na constância da união estável putativa em nome do parceiro infiel, sem prejuízo de outras reivindicações judiciais, como, uma

pensão alimentícia, se provar a dependência financeira do companheiro casado e, se porventura o seu parceiro vier a falecer na constância da união estável putativa, poderá se habilitar à herança do *de cujus*, em relação aos bens comuns, se concorrer com filhos próprios ou a toda a herança, se concorrer com outros parentes (MADALENO, 2008, p. 819)

Ainda neste sentido, posiciona-se Maria Berenice Dias (2007, p. 164):

O casamento, embora nulo, mas realizado de **boa-fé**, produz todos os efeitos jurídicos até que seja desconstituído (CC 1.561). No mínimo, em se tratando de união estável constituída em afronta aos impedimentos legais, há que se invocar o mesmo princípio e reconhecer a existência de uma **união estável putativa**. Estando um ou ambos os conviventes de boa-fé, é mister atribuir efeitos à união, tal como ocorre no casamento putativo.

Outra ocasião em que a concubina encontra-se de boa-fé é no caso de concubinato consentido. É dizer, quando todos os envolvidos conhecem e não se opõe à formação da família paralela. Neste caso, apesar de ter conhecimento da condição de casado ou convivente do companheiro, a concubina não está lesando qualquer interesse de terceiro, posto que a esposa (ou companheira) não está sendo ludibriada, mas, ao revés, aquiesce com a relação concubinária, restando intacta a sua dignidade.

Com efeito, excepcionalmente nestes casos em que presente a boa-fé da concubina, impõe-se ao Direito reconhecer e garantir os seus direitos – quais sejam, aqueles decorrentes da união estável (partilha do patrimônio comum, direito à sucessão do companheiro *de cujus*, e alimentos em caso de dissolução) – enxergando no concubinato, nestes termos, uma entidade familiar.

Em entendimento quase divergente, Pablo Stolze Gagliano (2008) flexibiliza-se um pouco mais a ponto de reconhecer, dadas outras condições excepcionais verificadas em determinado caso concreto, o concubinato como entidade familiar, emprestando tutela jurídica aos interesses daqueles que dele participam. Contudo, não parece acertado, mesmo que se prolongue bastante no tempo, e dela derive prole comum, bem como em razão de outras peculiaridades presentes no determinado suporte fático, tratar desta forma uma relação que já fora iniciada pela violação das normas mais comezinhas relativas à boa-fé e em prejuízo ao terceiro inocente.

Afigura-se como correto, pois, o entendimento de que só é passível da chancela estatal, sob pena de se subverter as próprias relações familiares e, inclusive, dar o Direito brecha para atuações de oportunistas, e sobretudo, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto seja o cônjuge (ou companheiro) inocente também titular do direito à dignidade, o concubinato, conferindo-lhe efeitos de ordem familiar, quando presente o requisito subjetivo da boa-fé.

6. Conclusão

Em virtude do exposto no presente trabalho, constata-se que a evolução axiológica da sociedade, revisitando conceitos formulados há séculos, fora abraçada pela Constituição de 1988, na medida em que consagra as diferenças, a pluralidade de todas as formas de expressão, comportamento e personalidade.

ENTRE ASPAS

Esta tendência social mais moderna, como todo movimento histórico da sociedade, ainda está em fase de transição, posto que ainda convivem, lado a lado, a liberdade sexual e os dogmas religiosos. Contudo, aos poucos, parece assentar, de fato, um entendimento inclusivo de reconhecimento – e aceitação – do diferente.

Nesta esteira, estas novas concepções remetem, necessariamente, à análise da dignidade da pessoa humana em um sentido substancial; é dizer, dignidade enquanto conceito próprio inerente à efetivação da personalidade individual, à revelia de qualquer conceito premoldado consubstanciado em estereótipos e preconceitos.

E esta revolução de valores, ao enveredar pelo Direito de Família, a despeito das pressões de ordem moral, encontra solo fértil que permite reanalisar conceitos tidos como princípios inafastáveis e repensar a idéia de Família à luz desta pluralidade que se forma na sociedade.

Com efeito, permite-se superar a Monogamia enquanto princípio peculiar do Direito convivencial, encontrando-o tão-somente no campo da norma moral, para ir além na busca de novos paradigmas que venham, inclusive, a tutelar os interesses de pessoas que convivam em relações poligâmicas.

Todavia, não parece correto que esta revolução paradigmática se implemente a tal ponto. É dizer, conquanto venha a melhor traduzir o espírito inclusivo do Texto Fundamental no que tange o reconhecimento das entidades familiares, acaba por não raro violar direitos de terceiros de boa-fé, cujos interesses estão abrigados na chancela do Estado.

Desta forma, a fim de se estabilizar a relação que o Estado, verificando as condições, aprovou como idônea, conferindo às partes que dela participam um rol de direitos e deveres a serem observados, não há de se conceber o reconhecimento indiscriminado de relações paralelas a esta, lesando direitos de quem sempre se vestiu de boa-fé.

Afigura-se como correta, portanto, a partir de uma análise sistemática de todo o ordenamento jurídico – e não privilegiando apenas a dignidade da concubina; mas, antes, de todos os sujeitos de boa-fé que participam do enlace – tratar, via de regra, as relações concubinárias na seara obrigacional, equiparando-se à sociedade de fato, com o fito de proteger, tão-somente, os direitos patrimoniais dos envolvidos em face da vedação ao locupletamento sem causa.

Ao revés, a mesma boa-fé que empresta o substrato ao entendimento exclusivo quanto ao concubinato, também deve sustentar a proteção à concubina quando esta também se encontra de boa-fé, notadamente quando desconhece a sua condição ou quando a relação paralela é conhecida e há aquiescência quanto à sua existência.

Não seria razoável, a todas as luzes, proteger-se o cônjuge (ou companheiro) inocente por estar de boa-fé e não fazê-lo quanto à concubina, sob pena – agora sim – de violação à isonomia.

Nestes casos, uma vez reconhecida a união concubinária como legítima entidade familiar, cabe à concubina os mesmos direitos a que faz jus a companheira que vive em união estável, em todos os seus reflexos – ora quanto à partilha de bens e direito a perceber alimentos em caso de dissolução, ora no direito à sucessão do convivente *de cujus* havendo o falecimento na constância da relação.

Encontra-se, pois, na boa-fé o traço distintivo entre a ilicitude e o reconhecimento positivo, de modo que, assim como em outras ocasiões no ordenamento jurídico, o inocente que opera com o fiel e fundado sentimento de retidão e probidade será sempre premiado pelo Direito.

Referências

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

BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, n. 09. Salvador: 2007.

BEMBOM, Marta Vinagre. Infidelidade virtual e culpa. In: *Revista Brasileira de Direito de Família - RBDFam*, n. 5. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2000.

BERTOLINI, Wagner. *A união estável e seus efeitos patrimoniais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. Coord. Renan Lotufo. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 474.962, da Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, 23 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* n. 3.300, Decisão Monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, Distrito Federal, 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 96.772, da Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, São Paulo, 09 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 abr. 2010

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. vol. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O dever de fidelidade*. Jan. 2010 Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009.

FIGUEIREDO, Luciano Lima. *As Relações Extraconjugais e o Terceiro de Boa-Fé: União Estável Putativa e Concubinato Consentido*. Direito em Família, Salvador. Disponível em: <http://www.direitoemfamilia.com.br/downloads/artigos/artigo_07_lucianofigueiredo.doc>. Acesso em: 26 abr. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Direitos da (o) amante – na Teoria e na Prática (dos Tribunais)*. Jul. 2008. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Pablo_amante.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2010.

ENTRE ASPAS

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 26 abr. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf Hanssen. *Curso de Direito de Família*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2008.

PEDROTTI, Irineu Antonio. *Concubinato União Estável*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Adulterio virtual*. Uberaba/MG, a. 1, no 1. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=154>> Acesso em: 01 mai. 2010.

_____. *Concubinato e união estável de acordo com o novo código civil*. 6ª ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PINHO, Judicael Sudário de. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de comunicação e direito à intimidade. *Themis: Revista da ESMEC*. Fortaleza, 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18357>>. Acesso em: 05 set. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Vicente Barreto (coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. vol. XVII. São Paulo: Atlas, 2002.

Notas

1. Tendo em vista a principiologia pluralista consagrada na Constituição, como melhor debatido no item 3, ao qual se remete o leitor, prefere Paulo Luiz Netto Lôbo a adoção da expressão no plural. Neste mesmo sentido, Maria Berenice Dias também intitula sua obra como “Manual de Direito das Famílias”, bem como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, quando nomeiam a obra conjunta de “Direito das Famílias”, induzindo também, já pelo título, os seus posicionamentos sobre o tema.

2. Afigura-se como correta, a despeito de doutrina em contrário, que a dicotomia público / privado reside apenas nas discussões acadêmicas, posto que o Direito é uno e indivisível. Ademais, ainda que assim não fosse, dada a supremacia da Constituição enquanto Lei fundamental de um Estado, haver-se-ia se colocar o Direito Constitucional acima de qualquer outra repartição que pudesse ser realizada. Desta forma, não há de prosperar tese alguma tendente a marginalizar o Direito privado do manto constitucional, devendo sempre a legislação

infraconstitucional – ainda que de ordem privatista – ser interpretada à luz da *Lex Legum*. Em sentido convergente, preleciona Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p. 84): “contrariando algumas classificações tradicionais, consideramos que o direito constitucional está acima de qualquer divisão ou classificação de ramos do direito, estando acima da – e não alcançado pela – divisão entre direito público e direito privado”.

3. Entende-se por sociedade de fato a reunião de pessoas físicas ou jurídicas, imbuídas de sentimento comum, notadamente o *affectio societatis*, como anotam os comercialistas, que não tivera regularmente formalizado o registro dos seus atos constitutivos perante à Junta Comercial competente; desprovida, pois, de personalidade jurídica (COELHO, 2005).

4. Constituição Federal de 1988

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

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

5. Lei federal nº 9.278/96

Art. 9º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

6. O assunto é abordado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, em seu livro citado, na condição de elemento essencial, a despeito de já mesmo o autor acenar que este requisito reflete padrões morais de outros tempos. Sobre a extensão do reconhecimento como entidade familiar a outras estruturas em que possivelmente ausentes tal requisito, ser-lhe-á dedicada o item 3 do presente trabalho, ao qual se remete o leitor.

7. Compartilhando do mesmo entendimento, Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 541), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, pp. 401/402), e Zeno Veloso (2002, p. 114).

8. Prestigiando-se, neste trabalho, a doutrina de J. J. Gomes Canotilho (1993, 227), que defende que deve ser dada, sobretudo no campo dos direitos fundamentais, à norma constitucional a interpretação que lhe confira o sentido que lhe dê máxima efetividade.

9. Código Civil

II - os afins em linha reta;

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

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

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

10. Abraçando esta idéia de que o rol constitucional é meramente exemplificativo, não possuindo o condão de excluir as demais entidades não contempladas, o autor intitula sua obra como “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*”.

11. Já entendeu o Supremo Tribunal Federal, por diversas oportunidades, pela legalidade da interpretação, pelo Poder Judiciário, das normas constitucionais acompanhando os novos interesses sociais, de modo a compatibilizar o Texto Fundamental à realidade social. Neste esquepe, funciona o pronunciamento judicial como um modo informal de alteração da Constituição. A título exemplificativo, este entendimento foi consagrado no julgado do HC 96.772/SP pela Corte Suprema (DJ-e de 20.08.2009, Relatoria do Ministro Celso de Mello).

12. Constituição Federal

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

13. Comungando da mesma preocupação, Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007), arrematando que os

ENTRE ASPAS

direitos da personalidade seriam relativamente indisponíveis, sob pena de prejudicar o próprio gozo dos referidos direitos e ofender a dignidade da pessoa humana.

14. O dispositivo constitucional apenas consagra como entidade familiar aquelas estruturas formadas pelo casamento, pela união estável ou aquelas formadas por apenas um dos pais e seus descendentes (família monoparental). Eis o dispositivo em comento:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

[...]

15. Art. 5º. [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

16. Código Civil

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

[...]

17. Sobre o tema, pronuncia-se, por exemplo, Rodrigo da Cunha Pereira (2010) e Marta Vinagre Bembom (2000).

18. Código Civil

Art. 1.521. Não podem casar:

[...]

VI - as pessoas casadas;

19. Código Civil

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

20. Código Civil

Art. 1.704. [...]

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

21. A perda do sobrenome depende ainda da não verificação dos pressupostos negativos elencados no art. 1.578 do Código Civil, transcrito abaixo.

Código Civil

Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

22. Código Civil

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

23. Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

A REVISTA DA UNICORP

- I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;
- II - as testemunhas do testamento;
- III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;