

**FACULDADE DE JUSSARA - FAJ
CURSO DE DIREITO**

MARAIZA FERREIRA DE AMORIM

O DIREITO DA AMANTE

**JUSSARA/GO
2016**

MARAIZA FERREIRA DE AMORIM

O DIREITO DA AMANTE

Monografia apresentada no Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Esp. João Paulo de Oliveira.

**JUSSARA/GO
2016**

MARAIZA FERREIRA DE AMORIM

O DIREITO DA AMANTE

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Especialista **João Paulo Oliveira**.

Data da aprovação: ____/____/____.

BANCAEXAMINADORA:

Professor Especialista João Paulo Oliveira.
Orientadora

Professor Titulação Nome completo
Membro da banca

Professor Titulação Nome completo
Membro da banca

Dedico este trabalho a minha família principalmente a minha mãe, Maria Lucia e meu irmão Luiz Paulo, e aos meus amigos e professores.

AGRADECIMENTO

A priori, agradeço a Deus por ter me capacitado, me ajudando a superar os meus limites. Agradeço também a minha família que contribuiu para o surgimento deste trabalho me apoiando; minha mãe maria Lúcia Ferreira de Amorim, aos meus amigos que me ajudaram e presenciaram todo esforço e dificuldade, Luciene Diniz, Eila Maria, Daniela Dias e Pedro Rafael. Não posso deixar também de agradecer meu orientador, pela grande contribuição nesta pesquisa. Enfim, agradeço a todos que de maneira direta e indireta torceram pela concretização deste trabalho.

“A primeira igualdade é a justiça. ”

(Vitor Hugo)

RESUMO

O presente trabalho trata-se de uma análise da existência do direito da amante, bem como os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, sobre a temática com relação ao direito patrimonial, no direito sucessão. Destaca-se também a grande evolução nas relações familiares, que atualmente com a Constituição Federal de 1988, retratou a questão do direito de família, para um âmbito pluralista, ou seja, trazendo o reconhecimento de novas entidades familiares. Informa-se que com a evolução do direito, este tende a acompanhar temas atuais em repercussão, posto que, a tamanha polêmica existente com relação ao tema em discussão. Diante disso o direito não pode se ausentar de suas colocações. Neste contexto surge então uma teoria, a qual tem grande relevância ao direito da amante, denominada como o Poliamorismo, esta, de fato é uma teoria psicológica que permite uma pessoa amar mais de um indivíduo ao mesmo tempo. Com a evolução do direito na sociedade é possível observar com frequência, casos de concubinato adulterino, ou seja, pessoas que mantem relação paralelas, mesmo sendo casadas. Contudo, a amante (concubina) procura o estado, para que este venha obter o reconhecimento dos possíveis direitos existentes nessa relação. Outrossim, abordará também os posicionamentos dos juristas estaduais e federais, bem como, as correntes positivistas e negativas com relação aos direitos da amante pleiteados. O objetivo principal deste trabalho é analisar com ênfase as principais correntes de posicionamentos, fundamentados nos tribunais superiores. Assim, nota-se que as jurisprudências e a doutrina, todavia se divergem, por falta de um amparo jurídico quanto à relação ao concubinato adulterino.

PALAVRAS CHAVES: Concubinato, sucessão, união estável.

ABSTRACT

The present work deals with an analysis of the existence of the right of the lover, as well as the jurisprudential and doctrinal positions on the subject with respect to the patrimonial law, succession law. Also the great evolution in family relationships, currently with the Federal Constitution of 1988, portrayed the issue of family law for a pluralistic framework, i.e. bringing the recognition of new family entities. Please note that with the evolution of the law, this tends to follow current issues in impact, since such controversy exists regarding the subject under discussion. Given that the right may not leave their places. In this context then arises a theory, which has great importance to the right of the lover, known as the Poliamorismo, this in fact is a psychological theory that allows a person to love more than one person at the same time. With the evolution of law in society you can see frequently, cases of concubinage adulterous, that is, people who keep parallel relationship, even being married. However, his mistress (concubine) looking for the State to obtain the recognition of possible existing rights in this relationship. In addition, it will address also the positions of the State and federal Jurists, as well as affirmative and negative, with respect to the rights of the lover waives all such claims. The main objective of this work is to analyze with the main emphasis on mates chains based in superior courts. So, note that the case law and the doctrine, however diverge, for lack of a amparo legal relation to concubinage adulteri.

KEY WORDS: Concubinage, succession, stable.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. FAMÍLIA E SEU LEGADO HISTÓRICO	11
1.1 Conceito e breve histórico de família	11
1.2 Do Direito de Família	13
1.3 Entidades familiares	14
1.3.1 O casamento	15
1.3.2 A União Estável	18
1.4 Do concubinato	20
1.4.1 A diferença entre a União estável e o concubinato	22
2. O DIREITO DE SUCESSÃO	23
2.1 Conceito	23
2.2 Fundamentos do Direito Sucessório	24
2.3 Da Herança: conceito e espécies	27
2.3.1 Questões do Direito hereditário	28
2.4 A Sucessão do companheiro	29
3. O DIREITO DA AMANTE E O CONCUBINATO	32
3.1 O Poliamorismo e a sua análise	32
3.1.1 A Monogamia e a Fidelidade	35
3.2 Relação jurídica do concubinato no âmbito patrimonial	36
3.2.1 A Concubina e a sucessão	38
3.2.2 Efeitos patrimoniais do concubinato	39
3.3 A situação da Amante e a versão dos Tribunais	40
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o direito da amante, bem como, sua relação quanto ao Direito da família e o Direito Sucessório. Faz-se uma análise do concubinato e seus avanços no campo legislativo, doutrinário e jurisprudencial no direito brasileiro. O tema proposto trata-se de um assunto controvertido, que gera repúdio ou preconceito para a maioria da sociedade, por contrariar o modelo monogâmico brasileiro.

O concubinato, que hoje é reconhecido como aquela relação adulterina, ou seja, quando uma pessoa mantém um relacionamento extraconjugal mesmo estando casada, de fato, sempre existiu em nossa sociedade. Entretanto, nem sempre foi aceito, e amparado, e com isso, existiu uma grande resistência quanto ao seu reconhecimento, uma vez que, por algum tempo foi ignorada pela ordem jurídica.

Desta forma, o trabalho cuidou de demonstrar, essa evolução no direito brasileiro, bem como, reconhecimentos jurisprudenciais quanto ao devido direito da concubina. Como percebe, a sociedade atual, após a chegada da Constituição de 1988, trouxe novos modelos de famílias, ou entidades familiares, que a pouco tempo vem sendo reconhecido pelos tribunais brasileiros, devido as grandes repercussões.

O primeiro capítulo aborda, toda a história de família, desde o seu surgimento e seus aspectos jurídicos brasileiro, bem como, seu devido amparo judicial e o modo com que é reconhecida atualmente. Relata também o surgimento das novas entidades familiares, advinda da Constituição Federal de 1988, como por exemplo, o reconhecimento da união estável que, antes da nossa lei maior era reconhecida como o concubinato puro.

Traz também os aspectos históricos do concubinato e da união estável, bem como o modo, em que o ordenamento jurídico o protege, e as devidas normas cabíveis para este novo ente familiar. Ao que se refere o concubinato, no qual é denominada como uma relação duradoura entre um homem e uma mulher impedidos de casar, desta maneira, destaca sua divergência com a união estável, tendo esta, a finalidade de constituir família. Não podendo deixar de lado, devido sua grande importância, por ser a principal entidade familiar amparada e protegida por lei, o casamento e suas devidas origem e modelos.

O segundo capítulo, faz referência ao direito sucessório que é denominado como um meio de transferência de um patrimônio de alguém na qual veio a óbito,

seus fundamentos e as modalidades de sucessões, sendo elas a sucessão do companheiro e a sucessão do cônjuge. No que tange à sucessão do companheiro, mostra-se a grande discussão quanto as críticas feitas devido à localização do artigo 1.790, no Código Civil.

No terceiro capítulo, ressalta os diversos posicionamentos jurisprudências e doutrinários, ao que se refere o direito da amante, esclarecendo o motivo pelo qual o termo “amante” é utilizado neste trabalho, pois o Direito Civil o denomina como “concubina”. Outrossim, traz as possíveis correntes negativas e positivas nas quais fundamentam as decisões dadas pelos tribunais superiores.

Desta maneira, traz também a existência de uma teoria psicológica, que é a teoria do Poliamorismo, sendo esta, considerada como um meio que possibilita um indivíduo amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo, denominada pela doutrina como famílias paralelas ou simultâneas. Assim, além de abordar os conceitos, trouxe também análise das jurisprudências acentuando seus efeitos patrimoniais existentes em cada caso.

O estudo em pauta, é de suma importância por se tratar de um assunto polêmico, que gera dúvidas e reflexões, com relação a família, e principalmente a evolução jurídica, e com relação ao direito patrimonial, aplicados na sucessão. Visto que, a fim do esclarecimento de pontos relevantes do direito da amante para os juristas, doutrinadores. Contudo, tem como objetivo analisar os divergentes posicionamentos jurisprudenciais dos tribunais brasileiros.

1 FAMÍLIA E O SEU LEGADO HISTÓRICO

A sociedade é constituída desde o princípio por famílias, pessoas que se unem com um mesmo propósito e objetivos. Este capítulo vai demonstrar as diversas finalidades e conceitos do termo família, que vem acompanhando as mudanças continua da sociedade atual.

1.1 Conceito e breve histórico de família

É importante frisar e lembrar o significado do termo família para melhor compreensão quanto ao Direito de Família. E nada melhor do que conceituar de uma forma precisa e clara, nota-se que este termo é o início e a base de tudo. Mas o que seria família para a sociedade? Sabe-se que é o laço mais importante que um indivíduo adquire, podendo ser conhecida também como seu “porto seguro” a base de uma vida, aonde formamos o nosso caráter independente de obter ou não uma relação sanguínea.

Gagliano (2008, p.08) ele o define como, “ A família é, sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores frustrações, traumas e medos. ” O conceito dado por Gagliano (2008) é de uma enorme sabedoria, por fazer uma síntese do que realmente é a família para a sociedade nos dias atuais, demonstra o tamanho da influência que o meio familiar impõe ao ser humano. O mesmo ambiente que nos cria, ensina, é o mesmo que destrói.

Com a mudança repentina da sociedade atual, quanto ao conceito de família, este vem sofrendo várias alterações e com isso, explica o doutrinador Gagliano (2012), sobre a dificuldade de apresentar um conceito “único e absoluto” de família, considerando um caráter multifacetário da mesma o que foi reconhecido também pelo Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM - no denominado Estatuto das Famílias (Projeto de Lei 2.285/2007).

Diante dessa questão muitos doutrinadores percebem a grande dificuldade atualmente em conceituar família, vendo que existem vários significados ao longo do período histórico a relatar diante das divergências formalidades de famílias de acordo com cada cultura vivenciada. Mesmo com tamanha impossibilidade de trazer

um significado único do termo família temos alguns conceitos de doutrinadores renomados quanto a esta questão.

Farias e Rosenvald (2008, p. 22) conceituam a família como sendo “uma estrutura básica social de onde se inicia a modelagem das potencialidades do indivíduo, com o propósito da convivência em sociedade, na busca da realização pessoal. ” Já Gagliano (2008, p.09), por sua vez, conceituam a família como “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo sócio afetivo, tele logicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes segundo a dignidade humana de cada um. ”

Nota-se que diante dos conceitos de família, devido as mudanças que a sociedade adquiriu, o nosso Código Civil de 2012 apostou na ideia de generalizar o termo família, independente de relação sanguínea. Na realidade, o legislador sentiu-se na obrigação de acrescentar novas possibilidades de família devido a mudança da sociedade familiar, que consequentemente a Constituição Federal delega a família todo direito de proteção e amparo do Estado.

Pois bem, observando a situação da família atual na sociedade e analisando todo o período histórico, percebe quão grande foi a sua transformação. Antigamente, a família era reconhecida tendo como foco a questão patriarca, ou seja, o “chefe de família”, pessoa esta que deveria ser respeitada a todo momento perante a sociedade, mulher nessa época não podia nem opinar em nenhuma decisão, tendo como finalidade apenas de obedecer. Entretanto, com a Constituição Federal de 1988 esse modelo de família declina, fazendo com que aceitem novos possibilidades e formas de famílias. Neste sentido, destaca Lôbo (2011, p. 17):

A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

É ainda importante lembrar, que a família antes da Constituição de 1988 retratava uma visão de convivência, haviam agrupamentos de pessoas com intuito de manutenção da vida; percebe que nesse tempo as famílias se criavam por mera necessidade sem nenhuma importância de vínculo sanguíneo ou laços sócio afetivos. Em Roma, a família era vista como uma unidade econômica, política, militar e religiosa, era reconhecida como uma instituição central. (GARCIA,2014)

1.2 Do Direito de Família

Anteriormente, no período em que não era prevista a nossa Lei Maior, o Direito de Família, no Código Civil de 1916, era dividido em três partes. A primeira tratava do direito matrimonial, aonde incluía as relações patrimoniais e pessoais entre os cônjuges. Por sua vez, a segunda demonstrava a respeito do direito parental, onde comportava as relações entre os parentes de todos os tipos e graus, em especial pais e filhos (legítimos e ilegítimos). E por fim, a terceira abordava o direito assistencial, que era voltado para regular o pátrio poder, os alimentos, a tutela, a curatela e a ausência. (GARCIA,2014)

O Direito de Família com referência a sua criação pelas constituições brasileiras, houve um determinado tempo, para ser reconhecido e amparado por lei, percebe-se que a Constituição de 1824 não veio retratar nada sobre relações familiares. Dessa forma, a primeira referência de família em um texto constitucional veio através da Constituição de 1891, e somente em 1934, com uma nova Constituição, notou-se pela primeira vez um amparo total as relações familiares, dedicando um capítulo apenas para o Direito de Família. Neste momento histórico, o legislador inovou em seu texto constitucional, uma especial proteção do Estado à família, que permanece até os dias atuais e continuará evidentemente por todos os textos constitucionais desde então. (GARCIA, 2014)

De acordo com Lôbo (2011, p. 38), “no século XX ocorrem grandes transformações, momento em que vários institutos do direito de família passam a ter legislação própria e o direito de família brasileiro muda de roupagem, onde conta com novas matérias. ”

Nota-se que o Direito de Família brasileiro sempre reproduziu os modelos religiosos e sociais da época. Diante disso, pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro é demarcado por três períodos, segundo Lôbo (2011, p. 40 – 41): “a) Direito de Família canônico; b) Direito de Família laico e, c) Direito de Família igualitário e solidário. ”

O Direito de Família canônico (1500 – 1889) que durou por mais de trezentos anos, onde aconteceu o predomínio do modelo patriarcal de família. Neste período a Igreja Católica tinha todo o domínio sobre o Direito de Família, e com isso, o Estado, abriu mão de regular a vida privada dos cidadãos em benefício à organização

religiosa. Desta forma, o comando da família foi simplesmente obra de um arranjo político entre o Reino de Portugal e a Igreja Católica. (GODOY,2015)

No Direito de Família laico (1889 – 1988) descreve Godoy (2015, p.16):

Ocorre uma redução progressiva no modelo patriarcal de família devido a proclamação da República em 1889, onde retirou-se a competência do direito canônico em relação à família, deixando o casamento sem qualquer efeito civil, ou seja, nesta época as relações familiares, gradativamente, ficaram livres do controle da Igreja. Conforme a família patriarcal foi perdendo seu espaço na sociedade, foram surgindo legislações que alteraram o modelo de família: 1) Lei nº. 883/49, permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos; 2) Lei nº. 4.121/62, conhecida por Estatuto da Mulher; 3) Lei nº. 6.515/77, a chamada Lei do Divórcio.

Deste modo, o Direito de Família igualitário e solidário chegou com a determinação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que tinha por dever fundamental a extinção das desigualdades jurídicas na família brasileira, aceitando e tutelando as diferentes modalidades de entidades familiares. (GODOY,2015)

Diante disso, observa-se alguns conceitos quanto ao Direito de Família: Farias (2012, p. 50) define o direito de família como sendo:

[...]um conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes de vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais.

Dessa forma complementa Beviláqua (2000, p. 30):

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

Diante dos conceitos apresentados, entende-se que o Direito de Família, por sua vez, nada mais é do que um conjunto de normas e princípios que regem todas as relações familiares, tanto econômica quanto social.

1.3. Entidades familiares

A entidade familiar nada mais é do que uma inovação da nossa Lei maior, a Constituição Federal de 1988, prevista em seu artigo 226, § 4º, aonde o legislador “entende como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. ” Nota-se que o termo utilizado “entidade familiar” retrata ao

núcleo das famílias onde engloba os maiores meios familiares, em um modo pluralista.

Entretanto, entende-se que entidade familiar é uma expressão, utilizada na Constituição Federal de 1988, onde traz os diversos tipos de famílias constituídas atualmente e que buscam obter proteção do Estado. Com isso, pode-se citar como exemplos de entidades familiares, o casamento; a união estável e a entidade monoparental ou unilinear. (ALBURQUERQUE FILHO, 2001)

Entretanto, o princípio da pluralidade, na qual apresenta para o Estado a possibilidade de alcançar vários ramos familiares, contradiz com a orientação centenária, que vem desde as ordenações do reino que por muito tempo influenciou as constituições brasileiras e as do Reino, com exceção a Constituição Federal de 1988, sendo nesta, reconhecia apenas o casamento, como entidade familiar e o único a receber a proteção do Estado.

Atualmente, com as possíveis evoluções da sociedade e com o surgimento de diversas entidades familiares, a Constituição em vigor, reconheceu a união estável e família monoparental como entidades familiares. Assim, este posicionamento rompeu a influência estabelecidas pelas Constituições anteriores.

Diante disso, reconhece o pluralismo como fato e valor social, incorporando ao ordenamento de princípio. Mesmo com todo este reconhecimento, a Constituição deixou a desejar não reconhecendo expressamente outras formas de relações afetivas como entidade familiar; tem como exemplo disso o concubinato adulterino. Posto que, o princípio da monogamia ainda prevalece nos dias atuais, de igual maneira.

1.3.1 O Casamento

O casamento é o que podemos chamar de um ato jurídico solene, público no qual o homem e uma mulher se unem com o objetivo de constituir uma família, pela livre manifestação das partes e autorização do Estado. Essa liberdade de manifestação é um direito fundamental dado aos cidadãos, aonde só é interrompido com a hipótese de impedimentos ou no caso de bigamia, ato este, que uma das pessoas (marido ou a mulher) já é casada. (DIAS, 2015)

O casamento antigamente era realizado entre os católicos e, necessariamente, na presença dos sacerdotes, frisando a influência da religião sobre o Estado. Deste

modo, não seria possível o reconhecimento do casamento fora da religião, não sendo considerado também, uma família sem casamento. Este costume dominou o território brasileiro até que em 1861, ocorreu a autorização do casamento entre os não católicos. Diante disso, não resta nenhuma dúvida de que, nessa época relata a grande separação entre a igreja e o Estado. Assim sendo, começa a brotar o início do decreto nº 181/1890 o casamento civil. (GARCIA,2014)

Entretanto, como era costume ter o casamento religioso e, com o surgimento de uma nova modalidade de casamento, foi difícil a aceitação imediata desse novo modelo. Pela falta de aceitação de uma nova forma de casamento, e a necessidade desta, surgiu então uma nova Lei 379/1937, o casamento religioso com efeito civil. Retornando ao aspecto da aceitação do casamento, atualmente, entende-se que o texto constitucional apresentou a menor consideração ao matrimônio, como percebe-se no artigo 226, da Constituição Federal. Enquanto a Constituição anterior determinava que a família era constituída pelo casamento, o novo texto constitucional determina a família como sendo a base da sociedade e que necessita de proteção do Estado, instituindo o pluralismo das entidades familiares. (GARCIA, 2014)

De acordo com a Constituição o casamento é civil e será gratuita a sua celebração. Com isso, percebe que no Brasil a separação do Estado entre a Igreja inicia no nosso ordenamento jurídico. Dessa maneira, mesmo com essa influência, a nossa Lei maior não deixa de lado as velhas tradições e não ignora a importância da cultura, persistindo no casamento religioso com o efeito civil, conforme a legislação ordinária (§ 2º, do mesmo art. 226 da CF/88).

De acordo com Garcia (2014), o vocábulo casamento significa um ato constitutivo, abrangendo a visão de entidade ou de uma instituição que dele se constitui. Deste modo, percebe-se que existe várias correntes nas quais facilitam o entendimento, sobre o significado do casamento e sua função social. Todavia, observa-se três posicionamentos destas correntes, sendo estes: o contrato, uma instituição, um ato complexo de caráter híbrido, mister ou eclético.

Para os doutrinadores que adotam a teoria contratualista, podendo citar Rodrigues (2002) e Miranda (2012), conceituam o casamento como um negócio jurídico que depende da livre manifestação da vontade das partes para sua devida realização, com intuito de produzir seus efeitos patrimoniais. Sendo assim, o matrimônio seria um “contrato” a ser examinado durante seu plano de existência,

validade e eficácia. De acordo com Garcia (2014), essa corrente é fiel a tese privatista, o racionalismo jus naturalista do século XVIII, aonde inspirou o legislador civilista francês do ano de 1804, forte na escola Exegética do século XIX, ao entender o casamento como um contrato, no qual tem como validade e eficácia que decorriam exclusivamente da vontade das partes (marido e esposa). Este relato é facilmente identificado na Assembleia Constituinte francesa, após a Revolução de 1789 e no art. 3º do Código Civil da época.

Essa teoria contratualista, representava uma importante resistência ao caráter religioso existente naquela época. O casamento, por sua vez, era enxergado como um contrato, um modelo de negócio jurídico. Atualmente, percebe-se que essa tese não frisava apenas naquela época, mas também, nos dias atuais. Deste modo, para Rodrigues (2002), “o casamento é um contrato especial de direito de família.” No mesmo sentido, coloca-se Miranda (2012), quem já afirmava ser o casamento “um contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher.”

Neste contexto, percebe-se que essa corrente contratualista segue o modelo de uma corrente liberal, aonde prioriza o direito das partes e igualdade entre elas (marido e esposa), contextualizada sobre a visão dos direitos da primeira geração, com influência no Código Civil Napoleônico. (GARCIA, 2014)

A segunda corrente é a que considera o casamento como uma forma de Instituição. Essa teoria vem para contradizer a primeira, pois o mesmo é regido pela norma de ordens públicas que define com detalhes seus efeitos jurídicos. Esta corrente, impõe deveres estabelecendo direitos para ambos os cônjuges, não podendo integrar a condição de um contrato, pois o matrimônio não regula apenas com efeitos patrimoniais, mas também como efeitos pessoais que não são objetos de um contrato. Portanto tal corrente entende o casamento como uma instituição, ou seja, um conjunto de normas impostas pelo Estado, na qual as partes têm o direito de aceitar ou não. (GARCIA, 2014)

Para Diniz (2012, p.153) “O casamento é o vínculo jurídico entre um homem e mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família”. Outro institucionalista é França (1996) para quem teria o matrimônio nítida característica moral (moralidade jurídica), ou até mesmo religiosa. Estes doutrinadores, integra ao rol de institucionalistas por defender o casamento como

forma de instituição social, criticando a quem, considera o matrimônio como um mero contrato.

A terceira e última corrente entende-se como um ato complexo de natureza mista, híbrida ou eclética, pois reconhece as mesmas características contratuais, quanto institucionais. Para esta, a autonomia da vontade das partes se resume na liberdade de escolher o parceiro e seu regime de bens, e o tempo de duração do matrimônio. (GARCIA,2014)

Um dos seguidores desta teoria é Leite (2001, p.452), que admite a vontade das partes como mola propulsora do matrimônio. Entretanto, também afirma que a autonomia privada não será suficiente para a configuração do casamento, por entender imprescindível a chancela estatal. Para Paulo Lôbo (2011, p.76), "O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado".

Entretanto, essa terceira e última corrente demonstra o casamento como um contrato na sua formação, mas em seu curso uma instituição dessa forma, se torna uma feição mista, híbrida e eclética. Diante disso, confirma como se fixa a ideia desta teoria.

1.3.2. União Estável

A união estável é designada como uma entidade familiar que, antigamente, era considerada tal como concubinato puro, na qual é denominada como a relação duradoura entre um homem e uma mulher com o objetivo de constituir família. Dessa maneira, ressalta o artigo 1.723 do Código Civil:

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.

Diante disso, vejamos alguns conceitos da referida entidade familiar, por doutrinadores de renomes. Para Azevedo (2001, p.17)

O casamento de fato ou união estável é a convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

De acordo com Monteiro (2004, p. 30), “ a união estável é a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados os partícipes desta relação de companheiros”.

Cahali (2002, p.87), por sua vez, conceitua união estável como sendo o “vínculo afetivo entre o homem e a mulher, como se casados fossem, com as características inerentes ao casamento, e a intenção de permanência da vida em comum”.

Consigna Viana (1999, p. 29) que “a união estável é a convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando a constituição de família”.

Pereira (1999, p.29) escreve que a “união estável é a relação afetivo amorosa entre um homem e uma mulher, não-adulterina e não-incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil”.

Nessa mesma linha, Diniz (2012, p.335) dispõe que “ao matrimônio contrapõe-se o companheirismo, consistente numa união livre e estável de pessoas livres de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil”.

Diante desses conceitos, notamos a dificuldade de chegar em um conceito, único e preciso, devido a variações de sentidos quanto ao tipo de sociedade, e o período em que consiste. Antes da Constituição Federal de 1988, a Constituição vigente na época era a de 1916 que somente reconhecia como entidade familiar o casamento. Outra relação conjugal que, não era concretizada com o casamento, obtida como relação extraconjugal, era denominada como concubinato.

Outrossim, conhecida como companheirismo, a união estável foi reconhecida como entidade familiar, com direito ao amparo, a partir do parágrafo 3º da Constituição Federal. Seu amparo constitucional decorre do reconhecimento pelo legislador constituinte de uma situação de fato existente entre duas pessoas, de sexos diferentes e que são desimpedidas de casar, mas que vivem juntas, como se fossem casados, caracterizando por esta forma, nítida entidade familiar. Nota-se, em verdade, que é um “casamento de fato”, confirmando a ligação entre um homem e uma mulher, fora do casamento, que merece de especial proteção do Estado. (CANDIL, 2006)

A União estável é considerada um fenômeno social e natural, que decorre da liberdade de autodeterminação de pessoas, que decidem viver uma vida livre. Com

isso, a relação de concubinato passou a ser aquelas em que os indivíduos são impedidos de casar. Portanto, na união estável, sem dúvida alguma, tem-se a mesma conduta pública e privada, a mesma comunhão de vida e nas mesmas expectativas do casamento. Até porque tudo o que um casamento pretende, nada mais é do que ter uma união estável em sentido amplo, diferenciando-se apenas pela exigência de solenidades para sua constituição (CANDIL, 2006).

1.4 Do Concubinato

Ao falar de um assunto tão delicado, qual seja o concubinato, é importante conceituá-lo com clareza para que não venham confundir com união estável, demonstrada especialmente pela Constituição Federal, em seu artigo 226 § 3º. Dessa forma, devemos ter sempre em mente que o concubinato é uma relação duradoura entre um homem e uma mulher, de maneira que uma das pessoas, tanto o homem quanto a mulher, tenham algum impedimento judicial de casar, para construção de um vínculo matrimonial. Mesmo sendo concubinato adulterino, a relação é estável.

O Código Civil de 2002 definiu o concubinato em seu artigo 1.727, reconhecendo-o na relação não eventual entre um homem e uma mulher impedidos de casar. De acordo com Azevedo (2001, p.13), o concubinato pode ser, “adulterino, incestuoso ou desleal, como respectivamente, o de um homem casado que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato, ” como analisa Luz (2003, p.199), o concubinato:

É uma relação não eventual entre duas pessoas do sexo diferente estando pelo menos uma delas impedidas de casar. Salvo a hipótese de eventual partilha de bens, adquirido através de esforço comum, robustamente comprovado, aos concubinos descabe qualquer outro direito.

Deste modo, os tribunais brasileiros não tem sido a favoráveis quanto ao reconhecimento dos direitos dos concubinos. Deduzem como um relacionamento criado à margem da Lei, não tendo a possibilidade dessa união se transformar em casamento e reconhecida como entidade familiar. Portanto, se dessa relação de concubinato resultar com a formação de patrimônios comuns através de esforços de ambas as partes, dessa forma admite-se que é considerado como uma sociedade de fato com partilha desses bens, para evitar o caso de um enriquecimento ilícito, diante disso essa situação será resolvida no direito, no campo das obrigações direito das obrigações (artigo 981 e ss. do CC/2002 e Súmula 380 STF).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

União estável – Matrimônio hígido – Concubinato –
Relacionamento simultâneo. Embora a relação amorosa, é vasta a prova de que o varão não se desvinculou do lar matrimonial, permanecendo na companhia da esposa e familiares. Sendo o sistema monogâmico e não caracterizada a união putativa, o relacionamento lateral não gera qualquer tipo de direito. Apelação provida, por maioria, vencida a relatora.

Dissolução de sociedade de fato – Relação não eventual entre homem e mulher – Concubinato – Efeitos obrigacionais. O estatuto material vigente não protege, como união estável, a relação entre homem casado, que ainda está vinculado à família matrimonializada, e mulher desimpedida. Cuida-se de concubinato, cujos efeitos são avessos ao direito da família, mas, [pertencem] ao campo obrigacional, e que anteriormente, por sua Ação clandestina, era tido como “concubinato adúltero impuro”. Apelação desprovida, por maioria, vencida a relatora

Diante dos entendimentos reconhecidos acima, pode se dizer que é possível que reconheça no concubinato a *affectio maritalis*, como acontece no casamento e na união estável, quando estabelece vínculo familiar, como a existência de filhos. (CANDIL, 2006)

1.4.1 A Diferença entre a União Estável e o Concubinato

Durante grande período histórico, prévio à Constituição Federal de 1988, o termo concubinato foi utilizado como gênero, abrangendo duas espécies, sendo elas: Concubinato puro e o concubinato impuro. O concubinato puro acontecia entre pessoas que poderia se casar, enquanto o concubinato impuro ocorria entre pessoas impedidas de casar. (CANDIL,2006)

Dessa forma, ocorria o concubinato puro quando o casal, mesmo tendo autorização para casar, simplesmente não o fazia, estabelecendo uma vida em comum, ou seja, vivendo juntos como marido e mulher sem apenas aderir a formalidade do casamento. Portanto, a única atipicidade nesta situação era ausência do casamento e nada mais. (CANDIL,2006)

O concubinato impuro por sua vez ocorria quando o casal era impedido de casar e mesmo com este impedimento vivenciava uma relação estável, não eventual, que por lei era proibida. Nesse período histórico, antes da promulgação da nossa Lei Maior, todas as duas modalidades de concubinatos, puro ou impuro era considerado ilícito perante a lei, considerava família apenas os casados, e somente o casamento poderia ser visto como entidade familiar como já foi explicado anteriormente, entretanto, nesta época o único meio de constituir família era apenas através do casamento. (GARCIA, 2014)

Foi com o a chegada da Constituição Cidadã de 1988 que a visão sobre a consideração de entidade familiar constituída apenas pelo casamento mudou de figura. Como foi explicado anteriormente sobre o princípio do pluralismo familiar, o legislador inovou a ordem jurídica nacional iniciando o amparo de novos modelos familiares. Diante disso, a Constituição separa os dois modos de concubinatos. O concubinato puro passa a ser considerado atualmente como União estável e o concubinato impuro, conceitua como concubinato apenas. (ALBURQUERQUE FILHO, 2001)

O concubinato, por sua vez, vem definido atualmente no artigo 1.727 do Código Civil como a relação impedida de fato e que não pode ser vista como entidade familiar. A lei conceitua como concubinato a relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar. Nesse sentido, exclui-se da noção de concubinato, a relação de pessoas separadas de fato e judicialmente, que mesmo sendo impedidas de casar podem estabelecer união estável, conforme previsão expressa em lei (artigo 1723 do Código Civil).

Conforme o novo capítulo especial do novo Código Civil destinado à união estável (art. 1723 a 1727), o legislador por sua vez reconhece os novos modelos de proposta de entidades familiares já existente no Brasil, de caráter público, contínuo e duradouro, que tem por finalidade constituir família, estabelecendo critérios de configurações e efeitos, com o objetivo apenas de fazer diferença entre a relação concubinária e a união estável. Em primeiro lugar, o artigo 1723, do Novo Código Civil, reconhece a união estável como entidade familiar, reproduzindo quase que completamente o artigo 1º da Lei 9278/96.

Diante disso, percebe-se que a constituição não estabeleceu prazo mínimo para a caracterização da chamada união estável, mas estabilizou formas importante para sua configuração e comprovação como: a) convivência pública; b) contínua; c) duradoura; d) com o objetivo de constituir família; e) entre homem e mulher.

Dessa forma, inova a mencionada lei (art. 1723 § 1º) ao definir que a união estável não poderá ser constituída se presentes um dos impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1521, exceto a proibição contida no seu inciso VI – “pessoas casadas” – disponibilizando meios com que existam e ocorrem a separação de fato ou separação judicial, a configuração da união estável. E, contudo, determina o legislador do Código Civil de 2002 (artigo 1727) que as relações não esporádicas

entre homem e mulher impedidos de casar denominam-se concubinato, confirmando neste caso a grande diferença entre concubinato e união estável.

2 O DIREITO DE SUCESSÃO

O Direito da sucessão tem amparo constitucional no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias individuais, em seu inciso XXX, aonde tem como garantia o direito da herança. Neste capítulo, será abordado os diversos tipos de sucessão, trazendo conceitos e relevâncias para melhor compreensão.

2.1 Conceito

O direito das sucessões, no qual constitui normas com relação a transmissão de bens pertencentes a pessoa falecida, está positivado no último livro do Código Civil de 2002, seguindo o modelo do antigo Código Civil de 1916. Este posicionamento de localidade justifica-se pelo fato de que a morte é a melhor forma de encerrar uma norma em que se visa valorizar a vida humana. (TARTUCE, 2015)

Desta forma, entende-se que a sucessão é o modo de transferência de um bem ou patrimônio de alguém que veio falecer. Entretanto, observa-se que em questão doutrinária, muitos foram os que tentaram trazer um significado compreensível para expressão direito sucessório, de uma maneira clara e sucinta, e esta preocupação se encontra até nos dias atuais.

Diante disso, com tamanha preocupação por tratar de um assunto de grande relevância, podemos obter como exemplos conceitos de renomados doutrinadores, como Beviláqua (2000, p. 44), que conceitua o Direito Sucessório como:

O complexo dos princípios, segundo os quais se realiza ao patrimônio de alguém, que deixa de existir. Essa transmissão constitui a sucessão; o patrimônio transmitido é a herança; quem recebe a herança é herdeiro ou legatário.

[...] conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte.

Para Gomes (2001, p. 5) preceitua que a expressão como:

Sucessão hereditária emprega-se nos sentidos objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, é sinônimo de herança, massa de bens e encargos, direitos e obrigações que compunham o patrimônio defunto. No sentido subjetivo, equivale a direito de suceder, isto é, de recolher os bens da herança.

Diniz (2012, p. 17) entende o direito das sucessões como:

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, para depois de sua morte, a o

herdeiro, em virtude de lei ou testamento [...] no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão do ativo e do passivo do de cujus ao herdeiro.

O contemporâneo Carvalho (2014, p.18) ressalta:

O direito das sucessões, é um ramo do Direito Civil obviamente permeados por valores e princípios constitucionais, que tem por objetivo primordial estudar regulamentar a destinação do patrimônio da pessoa física ou natural em decorrência de sua morte, momento em que se indaga qual o patrimônio transferível e quem serão as pessoas que o recolherão.

Diante deste, nota-se que Carvalho (2014) traz o conceito do direito sucessório como uma matéria do Direito Civil constitucional, por ter a necessidade de uma interligação entre os princípios e as normas constitucionais. Portanto, não se pode esquecer que, entre os atuais sucessionistas brasileiros, Lôbo (2011, p. 15) leciona o direito da sucessão como “o ramo do Direito Civil que disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física a seus sucessores quando falece, além dos efeitos de suas disposições de última vontade.

Contudo, entende-se que o direito sucessório é um conjunto de normas que disciplina as transmissões de um bem de um falecido aos determinados herdeiros. Com isso, nota-se que cada doutrinador segue com sua linha de pensamento, mas sempre seguindo o mesmo objetivo.

2.2 Fundamentos do Direito Sucessório

No início da socialização das pessoas no Brasil, não existia a ideia de sucessão ou o instituto sucessão *causa mortis*. As pessoas não tinham conhecimento de herança e nem de propriedade pois, a propriedade não era individual, como acontece atualmente, naquela época a propriedade existia, mas de modo coletivo. Dessa forma, quando alguém chegava a falecer, não havia transmissão de bens (GARCIA, 2014).

Com o nascimento da propriedade individual, surgiu a ideia de sucessão, que visava o caráter familiar da propriedade. Nesta época a sucessão teve fundamento na religião, como aponta Garcia (2014, p.523) que menciona:

A religião doméstica, quer na vida, quer depois da morte, separava cada família de todas as outras famílias, assim afastando severamente toda a aparência de comunidade [...]
Os mortos são deuses pertencendo apenas a uma família, e que apenas a família tem o direito de invocar.

Dessa forma, observa-se que os fundamentos da sucessão vêm seguindo uma lógica de raciocínio voltado para sociedade familiar, sendo que a finalidade do Direito sucessório é proporcionar um direito do indivíduo mantendo o patrimônio familiar. Neste sentido, afirma Lôbo (2011, p 35) que,

Com efeito, instituído para regular a substituição do finado nas relações com o respectivo acervo e para posterior atribuição definitiva a seus titulares, esse direito permite à família a preservação do patrimônio, diante dos laços conjugais e parentais, mantidos com o autor da herança.

Ainda, seguindo com o mesmo pensamento de Lôbo (2011), a sucessão permite a perpetuação de certas relações jurídicas reais em uma família, com a sucessiva transmissão do patrimônio, de bens corpóreos ou incorpóreos, universalidades de direitos, empresas ou outros elementos suscetíveis de valoração econômica. Tutela, assim, os interesses familiares preservando para os descendentes, na linha normal da vida humana, o respectivo patrimônio.

O fundamento do direito sucessório, segundo Diniz (2012), tem se tornado um grande objeto de discussões, dentre renomeados doutrinadores, no qual complementa: “Na verdade, pode-se dizer que o fundamento do direito sucessório é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família. ” Diante desse pensamento, observa-se demais posicionamentos doutrinários que basicamente seguem a mesma linhagem. O grande clássico Gomes (2001, p. 97) afirma que:

Os fundamentos do direito sucessório estariam nos mesmos princípios que explicam e justificam o direito de propriedade individual, do qual é a expressão mais enérgica e a extrema, direta e lógica consequência. Esse, o seu fundamento racional.

Para Melo (2015, p. 1027):

O verdadeiro ponto de vista é aquele que, sem perder a visão de seu aspecto econômico, descortina no direito das sucessões natural complemento do direito de propriedade, projetando-se além da morte do autor da herança conjugado ou não com o direito de família.

Diante dos conceitos apresentados, nota-se que para a doutrina o fundamento ideológico do Direito Sucessório é a propriedade por ter grande relevância e importância teórica para a existência da sucessão hereditária. Mas partindo para um lado geral da sociedade, percebe que o fundamento sucessório não está apenas na propriedade em si, mas também trazendo uma visão constitucional para este assunto, pode-se dizer que a dignidade humana do *de cujus* é um modo de fundamentação sucessória. (GARCIA,2014).

Partindo dessa ideia constitucional, destaca-se que o primeiro fundamento legal da sucessão está na Constituição Federal de 1988. Dessa forma observa Gomes (2001, p. 46):

A Constituição Federal trouxe duas importantes disposições atinentes ao direito sucessório: a do art. 5º, XXX, que inclui entre as garantias fundamentais o direito de herança; e a do art. 227, § 6º, que assegura a paridade de direitos, inclusive sucessórios, entre todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento, assim como por adoção

Contudo, nota-se que, a propriedade não apenas tem um aparo constitucional, mas também é uma garantia como um direito constitucional, como dispõe o inciso XXII, do art. 5º da Lei Maior. Outrossim, a herança por sua vez fundada nesta mesma propriedade, tem o mesmo amparo constitucional, ambas possuem direitos, garantias fundamentais e são cláusulas pétreas.

2.3 Da Herança: Conceito e espécies

O conceito de herança e da sucessão tem mostrado um sentido meio obscuro por se tratar de um mesmo assunto, e por muitas vezes ser confundido por seguir a mesma linhagem de pensamentos. Pois bem, para melhor esclarecimento dessa questão observa-se que a sucessão é um meio de transmissão de um direito a outrem, sendo entendido desta maneira como sucessão hereditária, ou seja, *causa mortis*. De outra forma, a sucessão é vista como um meio do sucessor exigir seus bens do sucedido, tendo seus direitos como herdeiros. Por outro lado, algumas leis identificam a sucessão como uma herança, conceituando-a como um conjunto de bens, direitos e obrigações.

Deste modo, conceitua Gomes (2001, p. 77) “que diz que a sucessão é o modo de transmissão, enquanto a herança é um conjunto de bens, direitos e obrigações que se transmite aos herdeiros e legatários”. Com isso, a herança é transmitida em virtude da sucessão *mortis causa*, e a sucessão *mortis causa* é um meio de transmitir essa herança.

Observando de um modo amplo, percebe-se que a herança, segundo as análises legais, nada mais é do que um bem legalmente imóvel, que se submete a determinados regimes jurídicos, ela também é bastante conhecida, como espólio, que abrange a totalidade de bens que podem ser transferidos pelo nosso direito brasileiro. (GARCIA, 2014)

A herança é constituída no momento de abertura da sucessão, que se apresenta como um patrimônio no qual vai ser definido até o momento da partilha dos bens aos herdeiros. Este período de divisão pode considerar como uma espécie de condomínio, que é anulado no momento da partilha dos bens.

2.3.1 Questões do Direito Hereditário

Conforme acentua Diniz (2012), o direito hereditário pode ser dividido em quatro tipos diferentes de grande importância, para melhor entendimento, sendo eles: sucessão em geral; sucessão legítima; sucessão testamentária e inventário ou partilha. Deste mesmo modo Gomes (2001), preceitua em seus ensinamentos sobre o amparo à herança no texto constitucional, exposto em seu artigo 5º inciso XXX, e também amparada pelo Código Civil, aonde o legislador separa quatro capítulos para os tipos diferentes de direitos hereditários.

Pois bem, a sucessão geral traz como objeto de estudo a abertura da sucessão, que segundo Garcia (2014, p.76), a define como “ o momento em que ocorre o falecimento do *de cujus*. ” Dessa maneira entende-se que não existe sucessão de pessoa viva. A abertura da sucessão está positivada no artigo 1786 do Código Civil (2002) em que dispõe: “ Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. ”

Tratando-se da sucessão em geral não pode deixar de frisar os elementos de grande importância e que complementam seu objeto de estudo, como por exemplo a administração da herança, a vocação hereditária, a aceitação e a renúncia da herança, a herança jacente, os excluídos da sucessão e a petição da herança. Todos esses requisitos estão positivados no nosso Código Civil de 2002 aonde o legislador os separa por capítulos.

A administração da herança encontra-se no artigo 1.791 do Código Civil de 2002, aonde dispõe que “ A herança se defere como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”. A vocação hereditária está positivada no artigo 1.798 do CC, que diz “ legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. A aceitação e a renúncia da herança encontram-se no artigo 1.804 do CC, que dispõe: “aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão”. Neste

caso, o legislador acrescenta em seu parágrafo único “a transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia a herança. ”

Quanto a herança jacente dispõe Garcia (2014, p.623): “ no direito vigente a herança é considerada jacente quando não há herdeiro certo, ou não se sabe da existência ou do lugar em que se possa encontrá-la. ” Quanto aos excluídos da sucessão, esta encontra-se positivada no artigo 1.814 do CC de 2002, que diz:

São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

- I – Que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
- II – Que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
- III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

E por fim, temos a petição da herança, que dispõe o artigo 1.824 do nosso Código Civil, “o herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua. ”

Em se tratando da sucessão legítima, esta disciplina a ordem da vocação hereditária, os herdeiros necessários e os direitos de representação. A sucessão legítima é a mais conhecida nos dias atuais. Porém, só poderá ser considerada como legítima, quando houver a falta do testamento, deste modo transfere o patrimônio do falecido para seus herdeiros necessários e facultativos. Desta forma posiciona Garcia (2014, p.627):

A sucessão legítima ocorre havendo declaração solene de última vontade por parte do de cujus, atribuindo os seus bens aos herdeiros e legatários. Pode ocorrer que uma pessoa faleça intestada, ou seja, sem ter feito testamento, cabendo, então, à lei, que, no caso, tem caráter supletivo, determinar o modo pelo qual serão partilhados os seus bens.

Diante disso pode-se dizer também que se existir um testamento, mas este, não estiver incluído todos os bens aplicará a sucessão legítima, conforme cita o artigo 1.788 do Código Civil. Quanto ao seu deferimento, podemos notar que, segundo o Código Civil em seu artigo 1829:

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.

Observa-se que, os primeiros a receber a herança são os filhos e o cônjuge, se não existirem, passam o direito da herança para os herdeiros necessários.

Pois bem, como explicamos sobre a sucessão legítima que é de suma importância para o Direito sucessório, por ser a mais usual e comum nos dias atuais que a sociedade se encontra, não podemos deixar de citar a sucessão testamentária. Por sua vez, a sucessão testamentária nada mais é do que aquela transmissão hereditária, ou seja, a transferência de um bem que se opera por um ato de última vontade do testador, conforme as normas legais. (TURCE,2015)

Para Garcia (2014, p 350), prescreve a sucessão testamentária como:

O testamento em geral, a capacidade de fazê-lo, as formas de testamento, o codicilo, as disposições testamentárias, os legados, o direito de acrescer, a redução das disposições testamentárias, as substituições, a deserdação a revogação do testamento, o rompimento do testamento e, finalmente, o testamenteiro.

Entretanto, como descreve Garcia (2014), sobre as fazes de uma sucessão testamentaria, finalizaremos estas espécies de sucessões não podendo deixar por despercebidos o inventário e a partilha, que estão positivados nos artigos 1991/1027, do Código Civil de 2002. Na sucessão de inventário e a partilha abrange o estudo dos sonegados, das colações, da garantia dos quinhões hereditárias e da ação de anulação de partilha.

2.4 Sucessão do companheiro

O companheiro, a qual o Código Civil de 2012 refere, são aquelas pessoas que vivem em uma união estável, sendo esta reconhecida pela Constituição Federal, como entidade familiar, na qual se define como a união entre o homem e a mulher, que mantém uma relação pública, tendo como finalidade construir família. Deste modo, dispõe o Código Civil, em seu artigo 1.723, caput: “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. ”

Entretanto, é importante lembrar que antes da vigência do Código Civil de 2002, a sucessão do companheiro era prevista nas leis nº 8.971/94 e 9.278/96, que tratava de garantir direitos dos companheiros, de igual modo para os cônjuges.

Desta forma, destaca o artigo 2º da Lei nº 8.971/94 onde reconhece a herança do companheiro (a) nas devidas condições:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

I – O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns;

II – O (a) companheiro sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e ascendentes, o (a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Atualmente, com a vigência do Novo Código Civil de 2002, o legislador trouxe a sucessão do companheiro, positivada no artigo 1.790, dispositivo este, que foi um dos artigos mais comentado e criticado pela doutrina, conforme preceitua Tartuce (2015, p. 150): “ Um dos dispositivos mais criticados e comentados da atual codificação privada é o relativo à sucessão do companheiro, merecendo destaque especial, para os devidos aprofundamentos, ” Diante disso, temos:

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.

A princípio, nota-se que uma das questões em que gera polêmica doutrinária sobre este dispositivo é em razão do local onde se posiciona a sucessão do companheiro, estando na disposição geral do direito das sucessões, e não em sucessão legítima, próximo a vocação hereditária, pois, o artigo 1.790 do Código Civil estabelece a ordem de vocação hereditária na união estável, desta forma faz com que a sucessão nesta modalidade familiar seja distinta de todas as demais (GARCIA, 2014)

Neste artigo 1.790, percebe-se que o Código Civil, faz requisições aos companheiros sobreviventes, somente a sucessão de bens adquiridos

onerosamente e contraídos durante a União Estável. Diante disso, nota-se que os bens adquiridos antes da União Estável, o companheiro não terá direito, sendo excluído da herança.

Deste modo, sustenta Tartuce (2015), que a massa patrimonial do espólio que será objeto da herança, de acordo com o artigo 1.790 do Código Civil é vista de duas formas:

O primeiro bloco patrimonial composto apenas pelos bens que o falecido adquiriu onerosamente depois de iniciada a união estável. O segundo bloco composto dos demais bens existentes antes da união estável ou mesmo aqueles adquiridos gratuitamente e sem o esforço comum após a união, tais como herança e doação.

Neste contexto, percebe que quanto ao primeiro bloco descrito pelo doutrinador, afirma-se que o companheiro que viver em regime de comunhão parcial de bens, receberá a metade da herança, adquirida onerosamente, e com relação a falecimento este também participará da concorrência do patrimônio. E se tratando do segundo bloco, o companheiro não terá direito hereditário.

Assim, pode-se dizer que o companheiro ocupa a quarta classe dos sucessíveis, ou seja, o companheiro só terá a totalidade da herança se o falecido não tiver deixado nenhum ascendente, descendente ou colateral, de acordo com o inciso IV, do art. 1.790, do Código Civil, (MELO, 2015).

Contudo, podemos concluir que o direito sucessório, bem como suas classificações, é um meio a qual veio para proteger o patrimônio de um indivíduo que veio a falecer, disponibilizando apenas para herdeiros.

3 O DIREITO DA AMANTE E O CONCUBINATO

Mesmo se tratando de um tema controvertido, o concubinato não é um fenômeno recente, este faz parte da trajetória da sociedade. Tal comportamento sempre existiu e não vai deixar de existir. A questão recente e nova é o reconhecimento do Estado quanto a divisão patrimonial, neste novo modelo de família.

3.1 O Poliamorismo e sua análise.

O Poliamorismo é uma hipótese na qual admite-se uma pessoa amar mais de um indivíduo, se caracterizando esta, no concubinato consentido, isto é, o cônjuge tem conhecimento da existência da amante. Este tipo de relação, também é conhecido pela doutrina, como famílias paralelas, que é a possibilidade de uma pessoa manter simultaneamente dois ou mais relacionamentos. Deste modo descreve Dias (2015, p 138):

Mesmo sendo casados ou tendo uma companheira, homens partem em busca de novas emoções sem abrir mão dos vínculos familiares que já possuem. Dispõem de habilidade para se desdobrar em dois relacionamentos simultâneos: dividem-se entre duas casas, mantêm duas mulheres e têm filhos com ambas. É o que se chama de famílias paralelas. Quer se trate de um casamento e uma união estável, quer duas ou até mais uniões estáveis.

Cumprе observar que, esta relação para grande parte da sociedade é considerada preconceituosa, por não ser acatada como um padrão comportamental na vida afetiva, mas, que é uma realidade de fato existente na atualidade. Para a outra parte da sociedade ou especificamente para os poliamoristas, isso é um modo de viver em paz, levando a vida com amor, sem desafeto; conforme destaca Godoy (2015, p. 39):

Os poliamoristas defendem que o amor é essencial à natureza humana, e como recurso infinito que é, deve ser vivido em toda sua plenitude. Assim como é possível amar todos os filhos da mesma maneira, não há empecilho (senão o social) para amar dois ou mais companheiros e conviver harmonicamente com eles em ambiente familiar.

Desta forma, convém notar que, esse novo sistema de relação familiar, por mais que não seja aceito por grande parte da sociedade e por ser polêmico, existem pessoas que vivenciam e que buscam auxílio do Estado para que garantem seus direitos. Contudo temos em nossos tribunais jurisprudências nesse sentido.

No Estado do Rio Grande do Sul, ocorreu um caso em que a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça reconheceu que um homem vivenciou duas uniões afetivas, o indivíduo era casado e mantinha um relacionamento extraconjugal com outra mulher. Assim, decidiram repartir 50% do patrimônio imóvel, que foi adquirido no período do concubinato, entre as duas, sendo que a outra metade ficaria com os filhos. Esta foi uma decisão inédita da Justiça gaúcha que apresentou um resultado de uma análise específica do caso.

APELAÇÃO CÍVEL - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL - UNIÃO DÚPLICE - POSSIBILIDADE -PARTILHA DE BENS - MEAÇÃO - TRIAÇÃO - ALIMENTOS. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de uniões. O mesmo se verifica em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável." (TJRS - ApCível n.º 70022775605/08 - Rel Dês. Rui Portanova, julgado em 07.08.2008).

Para o Desembargador Portanova (2008):

A experiência tem demonstrado que os casos de concubinato apresentam uma série infundável de peculiaridades possíveis. Avaliou que se pode estar diante da situação em que o trio de concubino esteja perfeitamente de acordo com a vida a três. No caso, houve uma relação `não eventual` contínua e pública, que durou 28 anos, inclusive com prole, observou. Tal era o elo entre a companheira e o falecido que a esposa e o filho do casamento sequer negam os fatos - pelo contrário, confirmam; é quase um concubinato consentido. O Desembargador José Ataides Siqueira Trindade acompanhou as conclusões do relator, ressaltando a singularidade do caso concreto: `Não resta a menor dúvida que é um caso que foge completamente daqueles parâmetros de normalidade e apresenta particularidades específicas, que deve merecer do julgador tratamento especial.

Todavia, não podemos deixar de ressaltar outro caso que ocorreu no Maranhão, na 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, que por unanimidade, houve o reconhecimento de uma união estável, no caso em que a amante, ingressou com uma ação pleiteando seus direitos patrimoniais de seu companheiro já falecido, sendo que este era casado com outra pessoa, mas que sustentou este relacionamento durante 17 anos. Este caso, teve como decisão, o voto do Desembargador Lourival Serejo (relator), que considerou aceitável a atitude da apelante, em querer participar da partilha dos bens do falecido, sendo que o seu relacionamento apresentava todas as características de uma união estável, tais como, a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de

constituir família, conforme prevê o artigo 1.723 do Código Civil. Outrossim, o relator explica que:

A doutrina e a jurisprudência favoráveis ao reconhecimento das famílias paralelas como entidades familiares são ainda tímidas, mas suficientes para mostrar que a força da realidade social não deve ser desconhecida quando se trata de praticar Justiça.

Deste modo, o relator garante que a proteção do Estado com esses grupos familiares, não ofende o princípio da monogamia, pois são situações peculiares, e que se estabelecem, na maioria dos casos, com o conhecimento da esposa legítima. Todavia, para o desembargador, o preconceito existente na sociedade atual dificulta o reconhecimento da família paralela. Mas, em contrapartida para grande parte da sociedade brasileira, e também perante a lei, o Poliamorismo é uma teoria que contraria a monogamia, pois o nosso sistema judiciário brasileiro é monogâmico.

Dessa forma, o poliamorismo, então, é a possibilidade de uma pessoa, concomitantemente, possuir dois ou mais relacionamentos sérios e duradouros. Ademais, é importante que exista um sentimento de família em cada uma dessas relações, erradicando a possível ideia de concubinato e monogamia. (GAGLIANO,2008)

Contudo, é importante ressaltar que, para caracterizar-se no chamado Poliamorismo ou famílias paralelas, é necessário apresentar um relacionamento sério e duradouro, que não seja qualquer tipo de adultério ou caso de concubinato que venha ser motivos de discussões ou análise da justiça.

3.1.1 A monogamia e a fidelidade

O princípio da monogamia atualmente, com surgimento de novos modelos de famílias advindo com a evolução da sociedade, vem sofrendo seu momento de crise. Com isso, o assunto apontado nas doutrinas discute sobre a questão de a monogamia ser, ou não, um princípio familiarista. (GARCIA,2014)

De acordo com Dias (2015), a monogamia não se trata de um princípio de direito de família, uma vez que, considera como uma regra de proibição de duas ou mais relações matrimoniais. Dessa forma, não é considerado a monogamia como um princípio constitucional, posto que a Constituição Federal não aprecia expressamente ou implicitamente. Pelo contrário, a Constituição admite e tolera a traição, sendo que a lei maior não permite que os filhos advindos de uma relação

extraconjugal venham sofrer discriminações, mantendo o seu direito com relação patrimônio semelhante à de um filho legítimo.

Diante o exposto, é oportuno dizer que a monogamia não é considerada como um princípio familiarista, porém esta questão é relativa. Posto que, a sociedade atual considera a relação extraconjugal como algo que sempre existiu e que de fato é a realidade, bem como as famílias simultâneas, considerando que as famílias atuais estão marcadas pelas afetividades. Deste modo argumenta Gomes (2001, p; 73)

O princípio da monogamia e o sistema monogâmico estão relativizados, de forma que já é possível a experiência jurídica pátria à assimilação da existência de uma poligamia de núcleos monogâmicos em que um elemento coexiste em duas famílias. E para tanto socorre-se dos seguintes motivos: o reconhecimento da união estável como entidade familiar, a discriminação do adultério, a supremacia do princípio da dignidade humana e a afetividade como elemento fundador da família.

Convém notar, outrossim que, para Dias (2015, p.42) “tem-se na monogamia, uma função ordenadora da família, sendo a uniconjugalidade, imposição de ordem moral”. Este pensamento também é adquirido por Pereira (2006, p. 107): “chega a afirmar que a monogamia não mais deve ser enxergada como mera norma moral, mas sim como um preceito básico e organizador das relações jurídicas das famílias brasileiras”.

Oportuno se torna dizer que, a monogamia na chamada família casamentaria, o legislador cível a relata como um impedimento matrimonial quando uma pessoa que perante o Estado for casada, esta será impedida da realização de outro casamento, conforme demonstra o art. 1.521 inciso VI do Código Civil.

É sobremodo importante assinalar que, o princípio da monogamia se aplica também para relação de união estável, sendo esta ideia não é admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, este tipo de relação simultânea desta natureza, conforme prevê a jurisprudência:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS.IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSIVIDADE DE RELACIONAMENTO SÓLIDO. CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL.EXEGESE DO § 1º DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. Para a existência jurídica da união estável, extrai-se, da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, fine, o requisito da exclusividade de relacionamento sólido. Isso porque, nem mesmo a existência de casamento válido se apresenta como impedimento suficiente ao reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato, circunstância que erige a existência de outra relação afetiva factual ao degrau de óbice proeminente à nova união estável. 2. Com efeito, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência

de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí por que se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. 3. Havendo sentença transitada em julgado a reconhecer a união estável entre o falecido e sua companheira em determinado período, descabe o reconhecimento de outra união estável, simultânea àquela, com pessoa diversa. 4. Recurso especial provido" (STJ - REsp nº 912.926 - RS. 4ª Turma. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. DJ 07/06/201 1).

Desse modo, quanto à questão matrimonial, o adultério é considerado como um rompimento de respeito mútuo, que incide em uma violação de um dos deveres do casamento, que é a fidelidade, conforme demonstra o artigo 1.566 do Código Civil:

Art. 1. 566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - Fidelidade recíproca;

II - Vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda E educação dos filhos;

V - respeito E consideração mútuos.

Por tudo, convém ponderar que, a fidelidade é considerada um bem jurídico protegido, sendo que se tornou um dever legal em se tratando de casamento e a união estável, conforme demonstra o artigo 1.724 do Código Civil. Mas, com o surgimento do Poliamorismo, o Estado não tem poder de impor este dever de fidelidade, sendo que o princípio da monogamia não é uma característica real da sociedade atual, tornando apenas um padrão valorativo absoluto para poucos.

3.2 Relação jurídica do concubinato no âmbito patrimonial

É sabido que, para caracterizar a união estável, não é necessário ter coabitação, e nem tempo determinado. Dessa forma, nada proíbe, que um indivíduo possa utilizar da inocência de sua companheira e estabelecer uma relação paralela com normas parecidas com a união estável. Assim, surge o que podemos chamar de união estável putativa, que é aquele relacionamento semelhante com o casamento, como descreve Madaleno (2008, p.88):

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 matrimônia, fazendo jus, salvo contrato escrito, à meação dos bens amealhados onerosamente na constância da união estável putativa em nome do parceiro

infidel, 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.

Outra hipótese, que está presente na sociedade atual é, quando uma pessoa casada, ou vivendo uma união estável possui uma relação de concubinato com a amante mesmo sabendo da existência da titular. Todavia, esses relacionamentos permanecem por muito tempo, fazendo com que solidifica a convivência. Este vínculo se torna tão profundo, que conseqüentemente a amante acaba que, direta ou indiretamente colaborando com o patrimônio do companheiro, durante todo o período de concubinato. Dessa forma, observa-se a decisão do Superior Tribunal de justiça (2013, p.303-604):

Em decisão da 4ª Turma, do ano de 2003, o ministro Aldir Passarinho Júnior, relator de um recurso (REsp 303.604), destacou que é pacífica a Orientação das Turmas da 2ª Seção do STJ no sentido de indenizar os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro durante o período da relação, direito que não é esvaziado pela circunstância de o morto ser casado. No caso em análise, foi identificada a existência de dupla vida em comum, com a mulher legítima e a concubina, por 36 anos. O relacionamento constituiria uma sociedade de fato. O Tribunal de Justiça de São Paulo considerou incabível indenização à concubina. Mas para o ministro relator, é coerente o pagamento de pensão, que foi estabelecida em meio salário mínimo mensal, no período de duração do relacionamento.

De igual modo, temos o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2013, p.101-208):

Namorar homem casado pode render indenização devida pelo período do relacionamento. Durante 12 anos, a concubina dividiu o parceiro com a sua mulher 'oficial'. Separado da mulher, o parceiro passou a ter com ex concubina uma relação estável. Na separação, cinco anos depois, ela entrou com pedido de indenização. Foi atendida por ter provado que no período do concubinato ajudou o homem a ampliar seu patrimônio. A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fixou indenização de R\$ 10 mil. Para o desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, relator da matéria, deve haver a possibilidade do concubino ganhar indenização pela vida em comum. 'Não se trata de monetarizar a relação afetiva, mas cumprir o dever de solidariedade, evitando enriquecimento

indevido de um sobre o outro, à custa da entrega de um dos parceiros', justificou. O casal viveu junto de 1975 a 1987, enquanto o parceiro foi casado com outra pessoa. Depois, mantiveram união estável de 1987 a 1992. Com o fim da união, ela ajuizou ação pedindo indenização pelo período em que ele manteve outro casamento. A mulher alegou que trabalhou durante os doze anos para auxiliar o parceiro no aumento de seu patrimônio e, por isso, reivindicou a indenização por serviços prestados. O desembargador José Carlos Teixeira Giorgis entendeu que a mulher deveria ser indenizada por ter investido dinheiro na relação. Participaram do julgamento os desembargadores Luis Felipe Brasil Santos e Maria Berenice Dias.

É importante salientar que, por mais que o concubinato tenha uma previsão legal, de fato é que no Brasil, os acontecimentos pleiteados necessitam de atuação prudente e cuidadosa de quem vai aplicar lei, decorrente dos casos de repercussão pessoais e patrimoniais existentes. (GARCIA, 2014)

3.2.1 A concubina na sucessão

A grande questão atual da discussão sobre os direitos da amante é de fato saber se a amante tem ou não direito à herança. Primeiramente, para que possamos chegar a uma resposta convincente, é preciso diferenciar a amante (concubina), que na realidade o Código Civil aborda a “amante” como “concubina”, do parceiro ou companheiro da união estável.

Convém notar que, ao se falar em concubinato, logo nos remetemos ao artigo 1727 do Código Civil, onde o legislador o define como as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Já no companheiro, não há nenhuma questão quanto ao impedimento de casar a princípio. Neste caso, tem-se como exemplo uma pessoa que se separa de fato e vivencia um relacionamento sem realizar o casamento, ou então duas pessoas solteiras que se relacionam, mas não querem casar.

Pois bem, diante do exposto acima, entende-se que a Amante (concubina), é aquela pessoa que está impedida de casar e mantém uma relação com outro, sendo este casado. Diante disso, o legislador traz em seu artigo 1.801, inciso III do Código Civil que, “ Não pode ser nomeado herdeiros nem legatários, [...] o concubino do

testador casado, salvo este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos. ”

Conforme descreve o legislador, existe uma restrição a esposa legítima, o cônjuge não poderá dispor livremente desta. Para o concubino, a lei dispõe o seguinte quesito no caso de doação segundo o artigo 1.642 do Código Civil:

Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

[...]

V- reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferido, pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos.

Assim, nota-se que, se a separação estiver ocorrida no prazo posterior a 5 anos, e sendo o cônjuge não culpado por esta, o concubino pode chegar a herdar, mas a regra é que não herde. Entretanto, se esta convivência for prolongada e o cônjuge casado construí um patrimônio com a concubina ao longo do tempo, sem a ciência da família atual, desse modo, a jurisprudência relata que, se este patrimônio for concedido por esforço comum, a concubina terá sim o direito a meação.

3.2.2 Efeitos patrimoniais do concubinato

Os efeitos patrimoniais do concubinato estão sendo subdivididos em: sociedade de fato, no esforço comum e nos serviços prestados. No âmbito do Direito Civil, estes efeitos reincidentem no patrimônio do indivíduo, e tem como áreas mais abarcantes o direito das obrigações, o direito das sucessões e, também não menos importante, o direito de família. (GOMES, 2008)

Quanto ao primeiro efeito, se tratando da sociedade de fato, se concentra vinculado para o lado do direito das obrigações. Desta feita, entende-se que a sociedade de fato nada mais é do que aquela formada entre as pessoas com a finalidade de explorar negócios de interesses comuns não atendendo as solenidades formais. (DIAS, 2015)

O segundo efeito, o chamado esforço comum, que é quando existe a colaboração de ambas as partes para o crescimento do patrimônio, ou seja, quando a amante demonstra que construiu um determinado patrimônio com a ajuda de seu companheiro, o cônjuge casado.

É sobremodo importante assinalar o terceiro e último efeito, na qual é denominado, serviços prestados, que segundo Lôbo (2001, p. 148) “a indenização por serviços prestados é degradante, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Mas, de uma maneira ou de outra, não se pode deixar a concubina desamparada.”

3.3 A Situação da Amante e a Visão dos tribunais

O termo amante sendo aqui utilizado para dar ênfase e facilitar o entendimento do leitor, a grande questão discutida na atualidade é a existência ou não do direito da amante, e quais são esses direitos supostamente adquiridos. A princípio, a amante tem direito a pensão previdenciária? Tem direito à indenização por serviços prestados, a meação e a sucessão? Questionamentos como estes, são percebidos nos dias atuais, pois devido o desenvolvimento da sociedade, dos tipos de famílias, como posicionaria a justiça quanto à essa questão do direito do concubinato.

Então, levando em consideração ao que foi citado acima, percebemos que, quanto a questão previdenciária, teve uma decisão do TRF (Tribunal Regional Federal) reconhecendo o direito da amante a dividir a pensão com a esposa. Mas no STJ os termos de estão sendo uniformes, no sentido que a amante não tem direito a pensão previdenciária, e no Supremo Tribunal Federal, que decidirá a matéria, já que é constitucional. STF em 2009 na 1ª turma no voto do Ministro Marcos Aurélio entendeu que a concubina não tem direito a dividir a pensão previdenciária. Mas no ano de 2014, um novo recurso extraordinário versando sobre a matéria chegou ao Supremo, o Ministro Fux reconheceu a repercussão geral. Então pode se dizer que a pensão para a concubina é uma matéria ainda pendente de decisão definitiva.

A questão da pensão previdenciária, temos como exemplo um caso que ocorreu na cidade de Goiânia –GO, quando uma amante ingressou na justiça, para defender os seus possíveis direitos previdenciários, devido ao fato de que, ela alega ter vivido com o cônjuge casado, por mais de 18 anos. A decisão dividiu várias opiniões e a verdadeira esposa, luta pelos seus direitos de ser casado com o cônjuge falecido. Deste modo temos a jurisprudência a seguir:

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA. PENSÃO POR MORTE. AGRAVO RETIDO: PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA AFASTADA. UNIÃO ESTÁVEL

NÃO CARACTERIZADA. CONCUBINATO IMPURO (ADULTERINO). RATEIO DE PENSÃO POR MORTE ENTRE CONCUBINA E VIÚVA. DESCABIMENTO. SENTENÇA REFORMADA. 1. Se a autora não requereu a declaração da alegada união estável, mas apenas que fosse reconhecida a sua dependência econômica relativamente ao de cujus, de modo que também pudesse ser beneficiada com a pensão deixada por ele, é certo que a existência ou não da união estável é questão prejudicial, incidental, a qual, embora deva ser enfrentada, não interfere na delimitação da competência, que, neste caso, permanece nas mãos do Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual, pois também figura no polo passivo da lide a Goiás Previdência - Goiasprev, que é uma autarquia estadual (art. 30, inciso I, alínea "a", 1, do Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás). Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Por conseguinte, deve ser desprovido o agravo retido, por meio do qual a 2ª apelante suscitou a preliminar de incompetência absoluta do Juízo a quo. 2. O reconhecimento da união estável está sujeito ao preenchimento dos requisitos do art. 1.723 do CC, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Ademais, é necessária a não ocorrência dos impedimentos previstos no art. 1.521 do CC, destacando-se, entre eles, o casamento (inciso VI). Entretanto, nada impede que a pessoa casada, desde que separada de fato, conviva em união estável com outra pessoa (art. 1.723, §1º, CC). 3. In casu, restou demonstrado que a relação havida entre o de cujus e a apelada não era de união estável, mas de concubinato impuro (adulterino), o que afasta, por conseguinte, qualquer direito dela à pensão por morte, a qual, diga-se de passagem, já é dividida entre a filha que ela teve com o falecido e a viúva. Destarte, a reforma da sentença é medida que se impõe, para que se seja julgado improcedente o pleito exordial. Agravo retido desprovido. Remessa oficial e apelos voluntários providos. (STJ, 2ª T., RMS n. 46.836/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 02/12/2014)

Todavia, no que se refere a indenização de serviços prestados, o entendimento do STJ no julgado paradigmático de 2003, é no sentido que a amante tem sim direito a indenização no decurso que pendurou a relação concubinária. Entretanto, no que se diz respeito a meação, a pensão alimentícia e a sucessão, essas, a jurisprudência tenta não reconhecer, porém há um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconheceu a concubina o direito de meação.

APELAÇÃO CÍVEL - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL - UNIÃO DÚPLICE - POSSIBILIDADE -PARTILHA DE BENS - MEAÇÃO - TRIAÇÃO - ALIMENTOS. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de uniões. O mesmo se verifica em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável." (TJRS - ApCível n.º 70022775605/08 - Rel Dês. Rui Portanova, julgado em 07.08.2008).

No entanto, o concubinato considerado como ilícito civilmente, devem possuir seus efeitos devidamente individualizados. Pois, é perante este aspecto de individualização que existe as controvérsias situadas nos tribunais.

Diante disso, Garcia (2014), nos traz três tipos de correntes principais sobre o direito da amante (concubina) que vivencia os mais diversos tribunais nacionais. A primeira corrente é a negativa de direito à concubina, ou seja, trata dos quesitos que vivemos, perante uma sociedade que mantém um sistema monogâmico, sendo este um pilar importante, pois, tem como fundamento raízes católicas e seus princípios desde os primeiros períodos históricos do direito nacional.

Deste modo entende-se que o concubinato não é considerado como uma entidade familiar, trazendo o legislador no Código Civil em seu artigo 1.727, um módulo de exclusão. Este posicionamento ganha ainda mais êxito, quando é colocado em análise as devidas vedações do concubinato, postas no Código Civil. Esta linha de pensamento foi adotada por um dos órgãos mais modernos de nosso país, na emenda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 2005, a qual menciona:

União Estável - Matrimônio Hígido - Concubinato – Relacionamento simultâneo. Embora a relação amorosa, é vasta a prova de que o varão não se desvinculou do lar matrimonial, permanecendo na companhia da esposa e familiares. Sendo o sistema monogâmico e não caracterizada a união putativa, o relacionamento lateral não gera qualquer tipo de direito. (TJRS, AP 70010075695)

A segunda corrente é a monetarização do afeto e tratamento em Sede obrigacional, na qual dispõe ao concubino a oportunidade de titular os seus devidos direitos, principalmente na seara patrimonial, negando, todavia, a existência de entidade familiar. Nesta tese, aplica o efeito da sociedade de fato, desde o momento da dissolução do concubinato, conforme descreve a súmula 380 do Supremo tribunal Federal: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. ” Desse modo, torna-se impossível a comparação do concubinato a união estável, tendo como fundamento na hipótese de o concubinato ser um ilícito civil, na qual viola o paradigma da monogamia. No entanto esta tese, concede um caráter patrimonial e monetário, dividindo o patrimônio amealhado, adquirido pelo esforço comum. (GARCIA, 2014)

Entretanto, no que pese a monetarização do afeto, Garcia (2014, p. 280) menciona, “os adeptos desta corrente sustentavam a possibilidade de deferimento de indenização à concubina por serviços domésticos prestados. ” Esta tese, tem sofrido grandes críticas doutrinárias, por ser altamente patrimonialista. Desta forma, entende o Superior Tribunal de Justiça:

[...] admite o entendimento pretoriano a possibilidade de dissolução da sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casa do, situação, aliás, não impeditiva da aplicabilidade da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que, no entanto, reclama haja patrimônio, cuja partilha se busca, tenha sido adquirida pelo "esforço comum" (STJ, AC., 4 Turma, REsp 257115/RJ, Rei. Min _ Fernando Gonçalves, j. 29.06.04, DJU04.10.04)

Com isso, surge a terceira corrente, a qual defende os efeitos familiares às relações concubinárias. Pois bem, nesta tese, sustenta que no concubinato tem a possibilidade de constituir laços de afetivos, como por exemplo, um filho ou algum patrimônio. Porém não reconhecer os efeitos familiares adquiridos no concubinato seria o mesmo que negar a dignidade desta família.

Contudo, os seguidores desta corrente, pressupõe que este é o momento de surgir novos entendimentos, os quais devem romper os paradigmas existentes, na qual engloba os efeitos das relações concubinárias e o reconhecimento patrimonial dos concubinos. Portanto, percebe-se que devido à falta de um amparo legal, os tribunais superiores, continuarão a sofrerem grandes divergências quanto aos direitos da amante.

CONCLUSÃO

A partir do trabalho apresentado, nota-se que para obtermos uma sociedade passível e justa, é importante ter um acompanhamento de sua evolução. Com isso a Constituição Federal de 1988, visando o seguimento dessa evolução, passou a considerar a união estável como entidade familiar, sendo baseado no princípio da dignidade humana e tendo como forma de regulamento semelhante ao de casamento, mas não de igual modo, diferenciando em sua constituição.

O direito, visando proteger a família, diferenciou o concubinato puro, que hoje é considerado como sendo a união estável, do concubinato impuro, o qual passou a ser apenas concubinato adulterino. Este por sua vez, tendo amparo constitucional necessita ter os seus princípios fundamentais respeitados.

Todavia, mesmo com a grande visão preconceituosa, quanto a existência do concubinato adulterino, e os possíveis direitos que podem vir angariar, percebe-se a grandes dificuldades nos entendimentos jurisprudências. Mas de fato, a amante realmente possui direitos?

Diante disso, sem dúvida alguma é possível dizer que, a amante não possui direitos pleiteados na lei, ou seja, não há nenhum amparo jurídico que a protege. Mas existem julgados nos quais, ocorre o reconhecimento dos direitos pleiteados perante o estado. No entanto, destaca a importância da questão discutida referente ao pedido de reconhecimento deste direito.

Com isso, é possível perceber no presente trabalho julgados que deferiram, direitos a pensão pós morte, bem como a indenização de serviços prestados, e apenas um julgado inédito na qual concedeu a amante o direito de meação. Outrossim, há julgados no qual houve o indeferimento destes direitos postulados. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, costumam não conceder a amante os seus devidos direitos, os quais alegam a possibilidade de ferir o modelo monogâmico da sociedade atual. Assim, nota-se que, cada entendimento leva em consideração ao fato ocorrido ou a devida situação presente no momento atual da lide.

Contudo, em se tratando do direito da amante no seu âmbito patrimonial, os entendimentos jurisprudenciais, as denomina como sendo uma sociedade de fato, e deste modo, concede a amante, a metade dos bens adquiridos no período do concubinato, desde que, a amante comprove o esforço comum para o surgimento de determinado patrimônio.

Assim, é necessário que os aplicadores da lei, analisem cada caso concreto, não aplicando apenas a lei, mas interpretando de acordo com a situação existente e os devidos princípios constitucionais pautados. Pois, independente do preconceito adquirido com relação a amante, nos casos de concubinatos não consentidos, ou seja, em que a esposa não tem conhecimento da traição e nem da existência da amante, e se desta relação adúltera, obter o surgimento de um filho fora do casamento, a criança concebida de uma relação de adultério, não pode ser punida dos seus direitos previstos na Constituição, sendo tratada de igual modo os filhos legítimos. Portanto neste caso, a amante deveria ter sim, direitos pleiteados por lei.

REFERÊNCIAS

ALBURQUEQUE FILHO, Carlos Cavalcante. **Famílias simultâneas e concubinato adulterino**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/195.pdf> acesso em 27 de julho de 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Campinas: Red Livros. 2000.

BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> acesso em: 16 de setembro de 2016.

BRASIL. **Regula os direitos do companheiro e alimentos, e a sucessão. Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm> Acesso em: 22 de setembro de 2016.

BRASIL. **Constituição de (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em: 30 de julho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 280. In: _____. **Súmulas**. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994. p. 16.

BRASIL. **Tribunal de Justiça (8. Região) ApCível. nº 70022775605/08 - RJ**. Relator Ministro Rui Portanova. Julgado em 07/08/2008. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: agosto de 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma) Resp. nº 2571 15 - RJ**. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29/06/2004. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: agosto de 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma) Resp. nº 912.926 - RS**. Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Julgado em 07/06/2011. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: agosto de 2016.

CANDIL, Thatiana de A. L. **A União estável e o direito sucessório**. Dissertação de mestrado da PUC – SP. 2006.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 05: direito de família. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 4 Edição. São Paulo: Saraiva 1996.

GARCIA. **Coleção Sinopse para Concurso**. Direito Civil, família e sucessões. 14 eds. Salvador. Editora jusPODIVM. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante** - na teoria e na prática (dos Tribunais). Disponível em <http://www.lfg.com.br> 15 julho. 2008.

GOMES, Orlando. **Direito das Sucessões**. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001.

GODOY, Taynara Alves. **O Direito dos Amantes**. Disponível em: <file:///C:/Users/INFOTECH/Downloads/Direito%20dos%20amantes%20-%20Direito%20(1).pdf> acesso em 28 de Julho de 2016.

LOBO, Paulo, **direito civil, famílias** Ed. São Paulo: saraiva 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil aplicado**. São Paulo: RT, 2005.

LUZ, Valdemar P. da. **Das uniões de fato e suas consequências jurídicas**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003.

MADALENO, Rolf. **O novo direito sucessório brasileiro**. Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez. 2002.

MELO, M. I. de; ASSIS NETO, S.A; JESUS, M. A. **Manual de Direito Civil**. 3 ed. Salvador. Editora juspdvm. 2015.

MIRANDA, F. C. P. de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito de família. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União estável**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito das sucessões. 25. ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIANA, Marco Aurélio S. Viana. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999