

DA (IM) POSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA NA HERANÇA ENTRE A ESPOSA E A CONCUBINA EM MATÉRIA SUCESSÓRIA

Betina Heike Krause Saraiva¹

Simone Tassinari Cardoso Fleishmann²

“Para cada ganho há uma perda. Para cada realização, um preço”.
(BAUMAN, 2004, p. 66).

Resumo: O presente texto trata de importantes temáticas para o Direito: o patrimônio e as relações humanas, nas suas variadas manifestações. As relações de casal, permeadas pelo Direito de Família e Sucessões encontram-se diante de situações da vida que necessitam de proteção, regulamentação e de enfrentamento: os relacionamentos extraconjugais. A necessidade da tutela a essas relações faz-se visível, especialmente, quando o então autor da herança, falecido, estava na constância do matrimônio e a hipótese de sua concubina pleitear – obtendo ou não – um quinhão no montante patrimonial, ressaltando-se que, no regime da comunhão universal de bens, há a meação da mulher casada. Tribunais têm enfrentado pedidos dessas mulheres que se percebem na condição de titularidade de direitos sobre os bens deixados. Portanto, os magistrados têm analisado caso a caso, diante de argumentos como os “serviços prestados” e contribuição patrimonial pelas mulheres que mantiveram relações paralelas ao casamento, com o *de cuius*, afastando a concorrência entre ambas.

1 Pós-Doutoranda em Direito (UFRGS). Doutora em Direito (PUCRS). Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Ciências Penais (PUCRS).

2 Membro Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (UFRGS). Mestre e Doutora em Direito (PUCRS). Professora de Direito Civil. Advogada. Mediadora.

Palavras-Chave: Concubinato. Sucessões. Concorrência. Patrimônio.

THE (IM) POSSIBILITY OF CONCURRENCE IN INHERITANCE BETWEEN THE SPOUSE AND THE CONCUBINE IN MATTERS OF SUCCESSION

Abstract: This text deals with important themes for the Law: patrimony and human relations, in their varied manifestations. Couple relationships, permeated by Family and Successions Law, are faced with situations of life that need protection, regulation and coping: the extramarital relationships. The need for legal protection of these relationships is visible, especially when the deceased person was in the constancy of marriage and there is the hypothesis of his concubine to require – obtaining or not – a share of the patrimonial amount, emphasizing that, in the full community property regime, there is the married woman's right to the half of this amount. Courts have faced requests from these women who claim to have rights over the assets left. Therefore, the judges have analyzed case by case, facing arguments such as the "services provided" and patrimonial contribution by women who maintained parallel relations to the marriage, with the deceased person, distancing the concurrence between them.

Keywords: Concubinage. Successions. Concurrence. Patrimony.

Sumário: Introdução. 1 O concubinato e a carência jurídica relativa a seu regramento. 2 A concorrência entre a esposa e a concubina na sucessão e sua (in) viabilidade jurídica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

“



u ela, ou eu”. Essa é uma frase dita em situações de escolha. Forte e excludente, retrata uma situação na qual não se é possível conciliar duas uniões concomitantes: uma pública e outra escondida. A concubina, que será tratada no presente texto, é aquela que manteve relação “expúria” recente ou não, perene com o então *de cujus*, durante a constância do casamento dele. Não se estará tratando da companheira, afastando-se separação de fato ou divórcio, inclusive em tramitação. Refere-se a uma mulher (poderia ser um homem) que manteve relações sexuais com um sujeito casado, que possuía outra família, pública, com um matrimônio igualmente conhecido aos olhos da sociedade, diferentemente da relação paralela mantida “às escuras”.

Ocorre que essas relações adulterinas, como anteriormente ventilado, não são públicas; logo, o elemento surpresa surge quando a esposa toma conhecimento (ou confirma suas “suspeitas” ou desconfianças) acerca do relacionamento com terceira pessoa. Pode-se afirmar que surgindo essa “notícia” quando da morte do concubino, a questão pode se agravar quando se requer um quinhão patrimonial, sob a argumentação do acréscimo de bens pelo homem, no decurso da relação adulterina com o auxílio da concubina.

Questão controvertida quando do debate em termos éticos, religiosos, ou seja, extrajurídicos. Entretanto, o Direito precisa se posicionar diante dos casos concretos, na tentativa de afastar a análise moral, concentrando-se nos fatos e no conjunto probatório apresentado, cujo julgador deve ater-se aos desdobramentos fáticos aliando-os à legislação sucessória e aos entendimentos jurisprudenciais. Ressalte-se que o magistrado é imparcial, contudo não neutro e essa ausência de neutralidade pode impactar em suas decisões: as pessoas têm suas criações e modos de ver e perceber a vida (e os demais) de formas distintas e isso não pode tampouco deve ser ignorado.

Conforme legislação familista brasileira, “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato (art. 1727, CC)” (BRASIL, 2002). Configura-se uma situação de impedimento matrimonial, inclusive. Por mais que a sociedade tenha expandido o pensamento e as crenças acerca da família, da multiparentalidade, da adoção por pares homoafetivos, do “casamento aberto”, das uniões estáveis, o concubinato segue sendo matéria controversa e polêmica, gerando diversas discussões tanto fática quanto juridicamente.

O fato de se ter uma relação paralela não é amplamente aceitável, inclusive, do ponto de vista de valores religiosos, de criação de um dos cônjuges, no sentido do quanto significa para si, a instituição do casamento. Outro fator é o sentir-se enganado, preterido, subjugado. Questões psicológicas, religiosas, ideológicas incidem sobre este universo que, inclusive, não possui larga previsão jurídica, no sentido patrimonial, muito embora o adultério não se configurar como um fenômeno recente tampouco raro. Os Tribunais têm sido chamados a responderem sobre os casos extraconjugais e essas decisões possuem um caráter norteador, uma vez que a legislação mostra-se tímida quanto à matéria.

Sabe-se que, nos dias atuais, as mulheres conquistaram espaços profissionalmente: muitas delas sustentam um lar e, também, seus maridos, companheiros e namorados. Não raro, elas são as responsáveis pela manutenção de uma família, de uma estrutura que pode ser cara, dependendo do padrão de vida. Inclusive, algumas não se importam de oportunizar ao seu par uma vida confortável. Nesse ponto é necessário que se atente: concubinas são capazes de auxiliar no incremento patrimonial de seus amantes.

Logo, a pergunta (problema) central dessa temática é: a concubina pode pleitear direito a um quinhão da herança junto à esposa de seu falecido concubino?

1 O CONCUBINATO E A CARÊNCIA JURÍDICA RELATIVA A SEU REGRAMENTO

Primeiramente, cumpre ressaltar os diferentes olhares que podem-se ter acerca do concubinato, inclusive sobre seus elementos constitutivos: “constitui uma união de fato implicando na existência de uma comunhão de via carnal, material e afetiva” (CABINET, 2020).

A partir de uma visão mais crítica relativamente aos relacionamentos paralelos,

Na sociedade contemporânea, o relacionamento monogâmico não é mais interpretado como uma virtude, mas como um comportamento compulsório ultrapassado. Grande parte dos casamentos tidos por monogâmicos são marcados por “casos” extraconjugais, normalmente clandestinos (SANTOS, 2006, p. 10).

Aliando-se as duas compreensões, o concubinato ainda é percebido com cuidado, pelo legislador e pelo Judiciário, uma vez que as relações decorrentes dele são, além de proibidas, discutíveis sob o ponto de vista de outras ciências, que podem censurá-lo, seja moral ou religiosamente, ou compreensíveis, psicologicamente, no que tange a cada caso particularizado. Entretanto, parece que o adultério ainda está na margem das discussões jurídicas, sendo passível, igualmente de discriminações sociais.

Ao mesmo tempo, uma autora americana ao tratar da infidelidade, do ponto de vista jurídico aborda a questão como “punição à paixão” (*punishing passion*), inclusive tecendo uma digressão aos anos 60:

Entretanto, a oposição moral ao adultério existe na lei. Muitos Estados não apenas mantêm sanções criminais ao adultério, mas também criando sanções civis para o ato. Por exemplo, pela esposa ser considerada como propriedade do seu marido, o adultério era uma ofensa civil contra o marido inocente (MILLER, 2018, p. 429).

A título de ilustração, em que pese o questionamento

acerca da credibilidade das pesquisas baseadas em estatísticas, no Brasil, segundo dados da PNAD Contínua (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua) de 2019, o número de mulheres no Brasil é superior ao de homens. A população brasileira é composta por 48,2% de homens e 51,8% de mulheres (IBGE, 2019). Compare-se com o ano de 2000, no qual segundo censo do IBGE “[...] evidenciam para o total do país, uma relação de 96,87 homens para cada 100 mulheres, como resultado de um excedente de 2.696.545 mulheres em relação ao número de homens” (ALBUQUERQUE FILHO, 2001, p. 10).

Em que pese o número de mulheres ser maior que o de homens, em uma população de 3.000 (três mil) brasileiros,

Os homens traem mais do que as mulheres no Brasil. Entre eles, 50,5%, admitem já terem sido infiéis em seus relacionamentos. Entre as mulheres, a traição foi admitida por 30,2%. Os dados inéditos fazem parte da pesquisa Mosaico 2.0, conduzida pela psiquiatra Carmita Abdo, coordenadora do Projeto Sexualidade (ProSex) do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP [...]. Entre homens e mulheres, a média nacional de traição é de 40,5% (LEINHARO; DANTAS, 2016, np)

Uma publicação da Universidade de Yale, na esteira dos comentários acerca da incidência do adultério e dos juízos de valor que o permeiam, assim retrata:

Apesar da desaprovação universal tornou-se mais visível e prevalente mundialmente, o desafio moral estabelecido de um comportamento aceitável. Diariamente as manchetes de jornais listam casos extramatrimoniais por chefes de Estado, oficiais de Governo, celebridades e outras elites [...] Acrescido a isso, as mídias sociais, a tecnologia e o modo de vida moderno facilitam o adultério (CHAMIE, 2018, np).

Apesar dos juízos de valor que permeiam as relações concubinárias, faz-se imperativa sua contextualização no cenário jurídico familista e sucessório brasileiro. Por isso, o fato de alguém manter relação adúlterina hetero ou homossexual deve ser delimitada em termos de abrangência e significado, uma vez que difere da união estável:

Concubino é o/a amante, a pessoa do lar oculto perante uma sociedade, [...] onde se frequenta clandestinamente e simultaneamente ao seu lar legítimo perante as leis. Concubinato é a união irregular, onde um ou ambos, já estão vinculados ao casamento e mantêm relações sexuais com uma terceira pessoa. Não se pode esquecer que esta mulher tão satanizada tem uma identidade e uma dignidade, não se deixando convencer pelos preconceitos deixados pelos antepassados, que fizeram por tanto tempo, juntamente com a igreja, que o ordenamento jurídico fosse omissivo, não permitindo a atribuição de direitos à “amante”, para que não se estimulasse a destruição dos casamentos. Casamentos estes, que na maioria das vezes já estão destruídos, e na busca de uma realização pessoal, procura-se buscar em uma outra família o afeto, o companheirismo, a compreensão que havia sido perdido (ZGODA; FISCHER, 2017, p. 39).

A dogmática não deixa de reiterar a falência ou o fracasso da relação matrimonial. Para alguns casais, a união pode ser insustentável, para outros confortável, feliz, dependendo da dinâmica das relações de cada par. Entretanto, o que pondera-se, nesse estudo, não é a tristeza, a solidão ou a incompatibilidade da vida a dois. Não é a motivação para a manutenção do casamento, seja por piedade (ou caridade), pelos filhos, por interesses profissionais. O ponto a ser enfrentado é o patrimonial que decorre, muitas vezes, de anos de convivência paralela e sigilosa, ao menos, para quem é traído.

Urge, nesse momento, que façamos uma breve reflexão acerca das diferenças entre concubinato impuro e união estável putativa. Imagine-se uma situação na qual um homem casado se aproxima de uma mulher descompromissada, ocultando o fato de ter uma esposa. Nesse caso, os dois iniciam um relacionamento amoroso e, esta mulher, supondo que o homem seja “livre”, isto é, sem vínculo afetivo e jurídico com outra mulher, acredita estar na constância de uma união estável, haja vista a proximidade entre ambos, ou seja, preenchidos os requisitos legais para sua configuração. A “companheira” incorre em erro. Essa é a putatividade da união, diferentemente do concubinato

impuro, no qual “a outra” ou “o outro” tem conhecimento do casamento de seu amante.

Assim, “nada impede que, abusando do estado de inocência de sua companheira [...] culmine por constituir uma realidade paralela subsumível, em nosso sentir, às regras da união estável” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 467).

A matéria do concubinato não mereceu grande destaque pelo legislador. Tratada na questão dos impedimentos matrimoniais e na impossibilidade, por exemplo, de o *de cujus* beneficiar concubina em testamento.

Assim:

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

I - [...]

II - [...]

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - [...] (BRASIL, 2002).

Relativamente à convivência, partindo-se do pressuposto de que os amantes estejam ainda vivos, não raro um dos dois requer (notadamente a mulher), judicialmente, indenização por “serviços prestados”, argumento compatível com matéria sucessória.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 2005, entendeu pelo cabimento de quantia em dinheiro, afastando-se o entendimento de “monetarização do amor”, no seguinte sentido, *in verbis*:

Pela convivência em 12 anos de concubinato, mulher tem direito a ser indenizada. Foi assim que decidiu, por unanimidade, a 7ª Câmara Cível do TJRS para atender apelo em ação de indenização por serviços prestados. O ressarcimento foi fixado em R\$ 10 mil. O concubinato entre as partes ocorreu de 1975 a 1987, enquanto o parceiro foi casado. Desse ano, e até 1992, o casal manteve união estável. Sobre as consequências do relacionamento dos primeiros anos foi que a apelada sentiu-se lesada. Conforme alegou no recurso, trabalhara, durante aqueles anos, de forma a auxiliar o parceiro no aumento de seu

patrimônio. Daí ter reivindicado a indenização por serviços prestados (BRASIL, 2005).³

Veja-se que a decisão retroage a uma situação fática ocorrida dos anos 70 aos 80, demonstrando-se como as relações adulterinas projetam-se para o futuro, especialmente, quando de seu rompimento.

Entretanto, por maior incidência que possa ser verificada, “o Código Civil adotou uma atitude dúbia, pois optou por conceituar o concubinato sem definir suas consequências jurídicas positivas ou negativas” (LÔBO, 2020, p. 77).

Nessa linha, ressalta-se o posicionamento de que “uma união paralela fugaz, motivada pela adrenalina ou simplesmente pela química sexual, não poderia, em princípio, conduzir a nenhum tipo de tutela jurídica” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 468).

A empolgação com o proibido guarda em si mesma a ideia de que se pode abandonar o outro, quando se quiser ou no momento em que for conveniente, afastando-se os antigos padrões sociais e culturais de manutenção da família a qualquer custo.

Assim: “abandonar e destituir foram celebrados, por um breve período, como a derradeira libertação do sexo da prisão em que era mantido por uma sociedade patriarcal, puritana,

3 No voto em que relatou o processo, o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, criticou, antes de tudo, a indenização por serviços prestados, “mal definidos e inadequados para uma relação”, e a figura jurídica do concubinato, que considera “esdrúxula”. O magistrado, recorrendo a um artigo seu, versou sobre o tema argumentando que o novo Código Civil, “restringiu os direitos patrimoniais e sucessórios, criando a extravagante figura do concubinato, consistente em contatos não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, a que se vedam quaisquer garantias no âmbito da união estável”. Conclamou a que os julgadores passem a apreciar a possibilidade do concubino usufruir indenização pela vida em comum, e, para decidir, considerou: “Não se trata de monetarizar a relação afetiva, mas cumprir o dever de solidariedade, evitando o locupletamento indevido de um sobre o outro, à custa da entrega de um dos parceiros”. Participaram do julgamento os Desembargadores Luis Felipe Brasil Santos e Maria Berenice Dias. A sessão ocorreu em 13/7/05, e a íntegra do acórdão consta da edição de dezembro da Revista de Jurisprudência do TJRS, nº 249 (BRASIL, 2005).

desmancha-prazeres, hipócrita e ainda por cima desafortunadamente vitoriana” (BAUMAN, 2004, p. 63).

O dito popular que diz que “quem tem duas não tem nenhuma” trata da descartabilidade das relações e da ausência de dedicação a uma só pessoa, sendo que não se compartilham apenas fotos e textos (em redes (anti) sociais): se compartilham pessoas na vida real, dividindo-se o tempo e as atenções.

Uma pergunta que se impõe é: como viver em um mundo tão incerto?

O sentimento dominante, agora, é a sensação de um novo tipo de incerteza, não limitada à própria sorte e aos dons de uma pessoa, mas igualmente a respeito da futura configuração do mundo, a maneira correta de viver nele e os critérios pelos quais julgar os acertos e erros da maneira de viver (BAUMAN, 1998, p. 32).

Entretanto, sejam os comportamentos escolhidos pelo indivíduo, bons ou maus, certos ou errados, chega-se um momento de finitude, provocada, antecipada ou derradeira, não eleita, com a morte. Nesse caso, a vida se esvai e o patrimônio passa a ser objeto de cobiça.

2 A CONCORRÊNCIA ENTRE A ESPOSA E A CONCUBINA NA SUCESSÃO E SUA (IN) VIABILIDADE JURÍDICA

Imagine-se a seguinte situação: um homem casado há 25 anos, por igual período manteve uma relação concubinária, falece. Teria amante direito à meação ou a quinhão sucessório? Salienta-se que a meação ou o quinhão sucessório diferem da indenização.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça ressaltou a necessidade de participação na construção do patrimônio do *de cuius* quando da disputa da concubina pela partilha de bens:

Acertadamente, a corte de origem esclareceu que o concubinato impuro não se confundiria com a união estável, especialmente porque um dos membros já possuiria um relacionamento conjugal com outra pessoa, praticando-se, em verdade, na

hipótese, um ato de traição conjugal” [...] A comprovação não ocorreu no caso analisado, segundo o relator. “Ao não provar a participação na construção de um patrimônio comum com a ex-concubina, com quem não formou vínculo familiar, já que a legislação pátria, diferentemente da regular união estável, não socorre esse tipo de conduta, não há falar em partilha (BRASIL, 2018).

A questão probatória é de especial relevância: não basta a prova do “vínculo” existente entre autor da herança e concubina. É essencial um conjunto probatório capaz de atestar e corroborar que a mulher contribuiu para o aumento patrimonial do falecido e, por via de consequência, de sua família.

Seria uma relação, ponderando-se por analogia, com o credor e o devedor: como se a concubina fosse credora do espólio, exaltando-se que não basta a afetividade que ambos possam ter compartilhado. Não é o suporte ou apoio emocional, ou em tempos de eventual crise matrimonial, profissional ou financeira: deve-se atentar para o que ela contribuiu no patrimônio amealhado que, diante da sociedade, fora contraído pelo casal, marido e esposa, na constância do matrimônio.

Frise-se fundamental a diferença entre a união estável e o concubinato impuro para fins sucessórios. Nesse sentido, eis recente entendimento do Tribunal de Justiça paulista:

Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável *post mortem* – Improcedência – Adequação – Autora que teve um relacionamento com homem casado, não separado de fato ou judicialmente – Ligação que remete a concubinato impuro, que não preenche os requisitos à união estável – Devem prevalecer os interesses da mulher casada – Recurso a que se nega provimento (BRASIL, 2020).

O concubinato é uma realidade incontestável em termos de repetição de comportamentos. Quem pretende trair seu cônjuge, não deixará de fazê-lo. Na união estável, não existe o registro civil de casamento, mas um contrato a dois. Existem as uniões poliafetivas (poliamor), com mais de duas pessoas, sendo que todas estão cientes e consentem com tal modalidade. Nos casamentos abertos, os dois pactuam que terão relações

extraconjugais, notadamente, casuais. Já no concubinato, um dos cônjuges não sabe da existência de um outro na vida de sua “cara metade” e, muito provavelmente, não estaria de acordo. Por isso, o sigilo, até que o adultério seja descoberto, pode perdurar por anos.

Por isso, “é acentuadamente simplista, e até socialmente desaconselhável, afirmar-se que em toda e qualquer situação a (o) amante concorrerá com a (o) esposa (o) ou com a (o) companheira (o)” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 469).

Sob esse aspecto, cumpre que se mencione a alteração das relações humanas e familiares no presente século, para décadas passadas, como parâmetro a ser utilizado o Código Civil de 1916. Os valores eram bastante definidos do ponto de vista do patrimonialismo e da ascendência do homem sobre a mulher, tanto que o varão poderia pedir anulação do casamento em 10 (dez) dias se a mulher não fosse mais virgem e, no Código Penal, a descriminalização do adultério, em 2005.

Vive-se em um mundo de incertezas, de constantes mudanças e contradições, especialmente nas relações com o outro:

Os compromissos (contratos de emprego, acordos de casamento, arranjos para “viver juntos”) são assumidos tendo-se em mente uma “opção de cancelamento”, sendo considerados mais desejáveis e de maior qualidade segundo a firmeza de suas cláusulas “de desfazimento” [...] Esvaziada da confiança. Saturada da suspeita, a vida é assaltada por antinomias e ambiguidades que ela não pode resolver (BAUMAN, 2005, p. 115).

Do século XX para os dias atuais, as constelações familiares foram tomando nova forma, um jeito diferente de se manifestarem, relativamente ao afeto. Ainda assim, o concubinato mostra-se nebuloso do ponto de vista sucessório, uma vez que a legislação silencia, prefere “ignorar” a sua incidência, até que os Tribunais construam uma tutela palpável, como no que tange à indenização à mulher, não conferindo a ela o mesmo *status* da esposa, a qual é destinatária de uma série de previsões legais que a legitimam, seja na meação, dependendo do regime de bens eleito pelo par, seja pela sua concorrência com os descendentes

e os ascendentes do *de cuius*, circunstâncias nas quais exclui-se a concubina.

Vale ressaltar que o legislador, em que pesem avanços, como relativamente à união estável, reconhecendo o *status* da companheira, preserva os valores de manutenção da família que, apesar de inserida em um Estado laico, é provida de uma axiologia, basilar na construção social, como a solidariedade, a fidelidade, a colaboração no sustento dos filhos, isto é, os deveres do casamento são espelhos da *mens legis*, do pensamento jurídico contemporâneo que, dessa forma, se mantém tradicional.

Nesse sentido:

As transformações da família certamente estão associadas a um novo discurso sobre a sexualidade, cuja base foi formada como Psicanálise no século passado. Como será a família do novo século diante de um novo discurso sobre a sexualidade? A partir da consideração de que a sexualidade é da ordem do desejo, muito mais que da genitalidade, como sempre foi tratada pelo Direito, o pensamento contemporâneo ampliou seu entendimento e compreensão sobre as formas de manifestação do afeto, do carinho e conseqüentemente sobre as várias formas e possibilidades de se constituir uma família (PEREIRA, 2013, p. 31).

A questão do desejo tratada pelo autor supramencionado retrata que, uma vez atendido, promoverá conseqüências, de ordem afetiva e patrimonial, como em casos nos quais pela adesão ao querer, o falecido deixa uma outra mulher, que não sua esposa, na expectativa de herdar. E os magistrados têm que estar atentos a isso.

Ao mesmo tempo, gera-se outra inquietação acerca da tutela do casamento e da incidência da relação adúlterina sobre o matrimônio:

É um paradoxo para o Direito proteger as duas situações concomitantemente. Isso poderia destruir toda a lógica do nosso ordenamento jurídico, que gira em torno da monogamia. Isso não significa uma defesa moralista da fidelidade conjugal. Trata-se de invocar um princípio jurídico ordenador, sob pena de se desinstalar a monogamia [...] o olhar do Direito passa a

ser prioritariamente para o sujeito na relação, sem se preocupar com o objeto da relação jurídica, ainda que isso signifique contradizer o princípio jurídico ordenador da monogamia (PE-REIRA, 2004, p. 66).

Contudo, o que se impõe é o direcionamento patrimonial, no sentido da viabilidade, ou não, de a amante concorrer com a esposa no quinhão que cabe a ela (cônjuge).

Nesse sentido:

É bom lembrar que cada caso é um caso e o esforço de cada concubino para obtenção do patrimônio comum será avaliado e apurado em execução de sentença, não significando, entretanto, em *meação* [...] é importante frisar que a indenização é tão-somente pelos serviços domésticos prestados, como dona de casa, como forma de evitar o locupletamento ilícito (NEUMANN, 1998, p.126).

Nota-se a marginalização jurídica da concubina, no que concerne a matéria sucessória: se a amante não ingressar em juízo, não obterá reconhecimento sobre um possível direito acerca do patrimônio do *de cuius*.

Em interessante obra datada de 1985, ao tratar do concubinato e da esfera patrimonial como consequência da união adúltera, suscita-se que:

Os efeitos mais importantes são positivos e constituem-se da partilha dos bens adquiridos na vigência do concubinato e da indenização por serviços prestados por um dos concubinos ao outro [...]. Tal efeito não se funda em direito de família, mas no direito das obrigações, sendo irrelevantes aspectos pessoais e espirituais da convivência (RIZZARDO, 1985, p. 163).

Percebe-se que o mesmo enfoque tem sido aplicado 35 (trinta e cinco) anos depois: a indenização por serviços prestados e uma relação percebida como obrigacional. Acrescenta-se que “[...] não é necessário que a colaboração do parceiro se dê obrigatoriamente com a entrega de dinheiro. A colaboração pode consistir do próprio labor doméstico [...]” (RIZZARDO, 1985, p. 164). Daí a expressão “serviços prestados”.

Assim:

Para que possamos admitir a incidência das regras familiaristas em favor do (a) amante, deve estar suficientemente

comprovada, ao longo do tempo, uma relação socioafetiva constante, duradoura, traduzindo, inegavelmente, uma paralela constituição de núcleo familiar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 471).

A concubina é uma pessoa estranha à família. Por isso, em matéria sucessória, não está no rol de herdeiros e não possui nenhum grau de parentesco com o amante e sua família. Tanto que existe, na lei civil, impedimento matrimonial, a impossibilidade de dois casamentos concomitantes, sendo a bigamia um delito tipificado na legislação penal e a opção do legislador pela monogamia, nas relações de casal, sendo a fidelidade um dos deveres do casamento.

Oportuno ressaltar que o concubinato tratado é o impuro, decorrente de relações adulterinas, em que pese a concubina ser tratada por alguns como “companheira”, o que não parece ser juridicamente correto, em termos de nomenclatura e hermenêutica. Companheira é aquela que mantém união estável como homem “livre”. Concubina é a que se envolveu sexualmente com um homem casado, na constância de seu matrimônio, e que com ele encontra-se com certa periodicidade, de forma sigilosa.

Por isso, para efeitos sucessórios, em que pese toda a divergência dogmática no que tange ao tratamento (equivalente) entre esposa e companheira, afasta-se essa analogia da concubina, que não concorre com a mesma paridade da esposa (e da companheira) relativamente ao espólio de seu falecido amante. Afasta-se dessa abordagem, o “adulterio virtual”, uma vez que não existe a convivência e a conjunção carnal (física) entre ambos.

CONCLUSÃO

Diante do tema infidelidade pairam diversas questões psicológicas como a traição, o sentir-se enganado, preterido, indesejado, excluído e relegado a segundo plano. O fato de deixar de ser a pessoa “mais importante” (esposa) para passar a ser um

ser inadequado, diante de um terceiro que é percebido como “novidade” na vida do outro possui contornos nefastos, sombrios. Alguém estranho que vem para tumultuar, dividir a companhia do cônjuge, torná-lo distante, inacessível, mais ocupado.

O problema é de que lado se olha: o da esposa ou o da concubina. Do ponto de vista da mulher casada, realmente, se pensa que a “amante” não deve ser destinatária de nenhum bem ou valor pecuniário decorrente da morte de seu concubino, considerando que filhos e cônjuge são herdeiros necessários, além das disposições testamentárias acerca da impossibilidade da concubina configurar como beneficiária na parte disponível do *de cuius*.

Entretanto, os Tribunais têm percebido a questão da concubina, no que toca ao espólio, relativamente à contribuição para aumento do patrimônio. Não se trata de “dividir” a meação ou de concorrer com a “mesma força” ou em paridade de armas, igualdade de condições com a esposa. Contudo, de saber o quanto de patrimônio fora amealhado considerando a participação da outra (do outro), no enriquecimento do falecido e, por via de consequência, de sua família.

Por outro lado nota-se que, na sociedade brasileira, com a bandeira do “empoderamento feminino”, a incursão da mulher em altos postos no mercado de trabalho e escolaridade bastante expressiva de mulheres que se capacitam constantemente, muitas delas acabam por manter economicamente suas famílias. Muitas, igualmente, sustentam seus namorados, maridos, companheiros e... amantes.

O Direito tem sido chamado a responder a essas inquietantes questões que fazem parte da vida de incontáveis casais. A figura da amante “bancada” pelo seu “namorado” deve ser repensada, como anteriormente alegado, pela alteração do papel social da mulher e sua ressignificação. Importa ressaltar que a relação concubinária comporta os homossexuais também, isto é, independe de gênero. O fato de sentir-se traído gera o sentimento

de não querer mais dividir: se o cônjuge que se sujeitou à divisão do seu marido / esposa teve que se submeter a isso diante da incerteza ou da desconfiança, muito provavelmente, não gostará de, em um segundo momento, ter que compartilhar patrimônio com quem lhe privou do convívio com seu consorte.

Entretanto, o viver não implica no ideal, no esperado, mas no que se apresenta. Fatos que existem à revelia do sujeito e que por mais desagradáveis que sejam é imperativo que sejam enfrentados.

Esse texto não buscou tratar do “adulterio virtual” tendo em vista a possibilidade (ou não) de que seja percebido com importância pelo Direito de Família, haja vista ser mais uma relação de dano psicológico causado à esposa/marido de forma “virtual” que propriamente física. Para que haja concubinato, como exposto, a fim de gerar indenização, faz-se necessário que tenha havido convivência e intimidade reais entre os amantes. Fora isso, sustenta-se que ensejaria uma ação de divórcio (litigioso) cumulada com danos morais os quais contemplem o sofrimento causado ao outro quando do conhecimento da utilização das redes sociais para a infidelidade.

Para tanto, conclui-se que não há concorrência entre ambas, juridicamente. O que pode persistir é uma “concorrência afetiva”. Relativamente ao patrimônio, a matéria sucessória trata a esposa como herdeira necessária; a concubina sequer é mencionada, tanto que em que pese a atualidade da temática, pouco se tem escrito sobre o tema: a concubina será indenizada, não considerada meeira. Enquanto isso, os magistrados tentam responder a essa inquietante situação quando provocados, uma vez que o que está no processo é a vida, ainda que de forma pálida, na modalidade escrita.



REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Famílias simultâneas e concubinato adulterino*. Disponível em www.unifacs.br. Acesso em 30 set 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 17 set 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doze anos de concubinato dão direito à indenização. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/noticia-legado-15065/>. Acesso em 29 set 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1046440-72.2016.8.26.0100. Relator Des. Luis Mario Galbetti. 7ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação da decisão: 03/08/2020. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 29 set 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-01-03_07-58_Partilha-de-bens-em-concubinato-impuro-exige-comprovacao-de-esforco-comum.aspx. Acesso em 17 set 2020.
- CABINET ACI. *Spécialistes en droit pénale. Statut juridique des concubins*. Disponível em <https://www.cabinet-aci.com/statut-juridique-des-concubins/>. Acesso em 30 set 2020.

- CHAMIE, Joseph. YALE GLOBAL ONLINE. *World Agrees: Adultery, While Prevalent, Is Wrong*. Disponível em <https://yaleglobal.yale.edu/content/world-agrees-adultery-while-prevalent-wrong>. Acesso em 30 set 2020.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito de Família*. v. 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- IBGE Educa Jovens. *Conheça o Brasil – População: quantidade de homens e mulheres*. Disponível em <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>. Acesso em 30 set 2020.
- LENHARO, Mariana; DANTAS, Carolina. *50% dos homens brasileiros já traíram, diz estudo; mulheres traem menos*. Disponível em <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/07/50-dos-homens-brasileiros-ja-trairam-diz-estudo-mulheres-traem-menos.html>. Acesso em: 30 out 2020.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 10. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MILLER, Alissa. *Punishing Passion: a comparative analysis of adultery laws in the United States of America and Taiwan and their effects on women*. *Fordham International Law Journal*. Disponível em <https://ir.law-net.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2694&context=ilj>. Acesso em 30 set 2020.
- NEUMANN, Juarez Rosales. *Do casamento ao concubinato*. 2.ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A nova organização jurídica das famílias. In IBIAS, Delma (coord). *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. 2. ed. Porto Alegre: IBDFAM, 2013.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Casamento e concubinato: efeitos*

patrimoniais. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

SANTOS, Valdeci da Silva. A luta cristã pela fidelidade conjugal: um matrimônio digno em uma sociedade adúltera. *Fides Reformata* XI, Nº 1 (2006): 9-23. Disponível em <https://cpaj.mackenzie.br/wp-content/uploads/2018/11/1-A-luta-crist%C3%A3-pela-fidelidade-conjugal-um-matrim%C3%B4nio-digno-em-uma-sociedade-ad%C3%BAltera-por-Valdeci-da-Silva-Santos.pdf>. Acesso em 30 set 2020.

ZGODA, Karin Christine; FISCHER, Karla Camargo. *Concubinato sob um viés antropológico*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. Disponível em <https://silو.tips/download/concubinato-sob-um-vies-antropologico>. Acesso em 18 set 2020.