

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E SOCIAL
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

O ATUAL “STATUS” JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

Acadêmica: Emir Rosa

Orientadora: Prof^a. Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa

Florianópolis

1997

EMIR ROSA

O ATUAL “STATUS” JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
Departamento de Direito Privado e Social, Centro de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa
Catarina, para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^ª. Leilane Mendonça Zavarizzi da
Rosa

Florianópolis
1997

A monografia **O ATUAL "STATUS" JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL**, elaborada por EMIR ROSA e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 16 de junho de 1997.

Banca Examinadora:



Profª. Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa

Presidente

Prof. Norberto Ulisséa Ungaretti

Membro



Profª. Renata Raupp Gomes

Membro

Prof. Márcio Campos



Membro Suplente



Profª. Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa

Orientadora

DEDICATÓRIA

À minha família, base de minha existência, pelo carinho, educação e apoio dispensados em todos os momentos de minha vida.

À João Marcelo, de quem recebi amplo suporte durante toda minha jornada acadêmica, pelo estímulo, amor e dedicação.

Aos amigos e professores, com os quais convivi nestes últimos cinco anos e que, sem dúvida, muito contribuíram para a realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

À Profª. Renata Raupp Gomes que, com seu conhecimento, dedicação e amizade forneceu o incentivo e a segurança indispensáveis para o desenvolvimento e conclusão desta pesquisa.

À Profª. Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa que, em meio a tantas responsabilidades, desempenhou, carinhosamente, a difícil tarefa de acompanhar e orientar todas as etapas de realização deste trabalho.

À Profª. Liene Campos, pessoa muito querida, que destinou grande parte de seu tempo à ordenação metodológica deste estudo.

À Luiz Henrique da Silva, responsável pela correção gramatical deste trabalho, pela importante e imprescindível contribuição.

À minha tia Liane, pela fundamental e acolhedora colaboração prestada, e ao amigo Leone Carlos Martins Júnior, por seu interesse e preocupação constantes.

RESUMO

O presente trabalho trata de analisar o fenômeno social das uniões estáveis, cuja evolução acelerada culminou na necessidade de sua normatização através da Constituição Federal de 1988. Para compreensão da atual posição das relações livres no seio da sociedade brasileira, faz-se uma breve retrospectiva histórica de todo o seu processo de desenvolvimento, da antigüidade à época contemporânea, visando conhecer quais as razões que levaram ao fortalecimento e proliferação desta forma de constituição familiar, a par do casamento civil. Examina-se também as raízes do concubinato no Brasil e o progressivo tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial dispensado aos concubinos até o advento da Carta Magna vigente, posto que o Código Civil de 1916 e todas as Constituições anteriores à atual, ignoraram por completo a realidade das alianças estáveis, considerando apenas a validade do matrimônio como meio de formação de família. Diante de tal postura jurídica, aborda-se a tarefa de disciplinamento do concubinato exercida pelos julgadores, com apoio na doutrina, e a contribuição de leis esparsas para a admissão de alguns direitos aos membros da família de fato, ao longo do tempo. O estudo das recentes legislações ordinárias regulamentadoras do preceito constitucional reconhecedor da união estável como entidade familiar consiste na última etapa da pesquisa, concluindo-se, ao final, pela ausência de um regramento efetivamente capaz de solver as muitas controvérsias ainda existentes em torno do assunto, e pela necessidade de conformação do sistema jurídico brasileiro às mudanças sociais, políticas, econômicas e tecnológicas verificadas nas últimas décadas, principalmente no âmbito do Direito de Família, que demanda profundas alterações em face do novo paradigma familiar inaugurado, oportunamente, pelo legislador constituinte de 1988.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - CONCEITO E ASPECTOS ETIMOLÓGICOS E HISTÓRICOS DA EVOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM DIFERENTES CULTURAS	4
1.1 O conceito de união estável ou concubinato	4
1.2 Acepção e alcance jurídico do concubinato	8
1.3 Concubinato puro e impuro	11
1.4 Elementos caracterizadores da união estável	13
1.5 Aspectos históricos	17
1.5.1 O concubinato na antigüidade	18
1.5.2 O concubinato no Direito Romano	19
1.5.3 O concubinato na Idade Média e a posição da Igreja Católica	22
1.5.4 O concubinato nas Idades Moderna e Contemporânea	25
1.5.5 As causas do concubinato e sua relação com a nova concepção de família	27
CAPÍTULO 2 - A EVOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL SOB A ÓTICA LEGAL, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ATÉ A CONSTITUIÇÃO DE 1988	31
2.1 As raízes do concubinato no Brasil	31
2.2 Considerações legais, doutrinárias e jurisprudenciais acerca do concubinato até o advento da Constituição Federal de 1988	36
2.2.1 O concubinato no Código Civil de 1916	36
2.2.2 A união estável e as Constituições Brasileiras	37
2.2.3 As leis esparsas diante do concubinato	39
2.2.4 A posição da doutrina e da jurisprudência em relação aos efeitos patrimoniais decorrentes do concubinato	45
2.2.5 A pretensão alimentar no concubinato	52
2.2.6 Direitos sucessórios	53
2.2.7 A utilização das medidas cautelares pelos concubinos	54

CAPÍTULO 3 - O ATUAL “STATUS” JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO	57
3.1 Os direitos dos concubinos com a nova Carta Constitucional, em nível doutrinário e jurisprudencial	57
3.1.1 Interpretação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal: aplicação e alcance do dispositivo constitucional	57
3.1.2 A competência para julgamento das causas relativas à união estável em face do art. 226, § 3º, da Constituição	62
3.1.3 A questão alimentar após o diploma constitucional vigente	64
3.1.4 As mudanças provocadas pela Constituição de 1988 no âmbito sucessório	65
3.1.5 Outros direitos assegurados aos concubinos após a atual Carta Magna	66
3.1.6 A intervenção do Ministério Público nas demandas entre os concubinos	70
3.2 A Lei 8971/94	72
3.3 A Lei 9278/96	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92
ANEXO 1 - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	
ANEXO 2 - LEI Nº 8971/94	
ANEXO 3 - LEI Nº 9278/96	
ANEXO 4 - ANTEPROJETO DE LEI - ESTATUTO DA UNIÃO ESTÁVEL	
ANEXO 5 - JURISPRUDÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

Caracteriza-se a família por ser o substrato primeiro e mais importante de toda a organização social, pois através dela o indivíduo desenvolve-se como pessoa e forma seus ideais e valores, inserindo-se dentro da própria sociedade e aí mantendo suas relações com os outros membros do grupo.

Assim sendo, e considerando que uma série de fatores históricos, econômicos, políticos e culturais concorrem e são responsáveis pela constituição da família, verifica-se, mormente nas últimas décadas, toda uma alteração na estrutura da instituição familiar brasileira, decorrência da evolução humana, da modificação dos padrões de conduta e do surgimento de concepções tipicamente caracterizadoras do atual momento em que se vive.

Efetivamente, a noção do organismo familiar vinculado ao casamento e à hierarquia do homem sobre a mulher, presente em nossa legislação civil, não resistiu aos novos costumes sociais, marcados, principalmente, por um aumento expressivo no número de alianças de fato, acompanhado de uma crescente despreocupação com os aspectos formais ou legais das uniões, correspondendo a este processo a tentativa de adaptação do Direito a tal realidade social, que impôs a necessidade de revisão de conceitos e de atualização das leis, não mais compatíveis com os rumos alçados pela contemporaneidade.

A Constituição de 1988, diploma da maior importância para o processo evolutivo do organismo familiar, na busca por esta harmonização da lei à dinâmica das relações humanas, em seus artigos 226 a 230, fixa novos princípios e regras jurídicas, consignando, dentre outras normas, a equiparação do homem à mulher, o reconhecimento do concubinato como entidade familiar e a proibição de distinção entre os filhos de qualquer natureza, contribuindo, desta forma, para modificar a visão patriarcal e hierarquizada de família até então vigente.

É justamente um dos ângulos desta mudança operada no paradigma familiar pelo legislador constituinte de 1988 o ponto de partida do presente estudo, que tem por objeto a análise da origem e evolução histórica da união estável no Brasil, e o progressivo tratamento dado à questão, ao longo dos anos, sob a ótica legal, doutrinária e jurisprudencial.

Como objetivo precípua, busca-se demonstrar as modificações introduzidas no âmbito do Direito de Família, em face da Constituição vigente e da legislação ordinária superveniente, bem como a exigência de adequação da lei ordinária anterior a essas alterações.

Inegável a relevância do tema, eis que atualmente constitui um dos assuntos mais discutidos e polemizados no meio jurídico, despertando o interesse não somente dos juristas, mas também de todas as pessoas de um modo geral, mormente em razão da posição reservada às alianças concubinárias na sociedade, justificando, pois, quão oportuno e enriquecedor torna-se o estudo deste fenômeno social para se compreender a nova concepção de família que vem sendo construída nos dias atuais.

No capítulo 1, adentra-se no assunto mediante uma análise conceitual do concubinato, destacando-se as diversas denominações que lhe são atribuídas, bem como a classificação dos relacionamentos livres efetuada pela doutrina e adotada pela jurisprudência, sobressaindo-se, ainda, os principais elementos apontados pelos autores como hábeis a caracterizar as uniões estáveis.

A seguir, realiza-se uma retrospectiva histórica do concubinato em várias culturas, estudando sua existência entre os povos antigos, com especial destaque para a sociedade romana, passando pela Idade Média, onde se aborda a influência exercida pela Igreja Católica e pelo Direito Canônico na conformação do sistema jurídico brasileiro, culminando em uma verificação do *status* ocupado pelos enlaces concubinários nos períodos moderno e contemporâneo.

O capítulo 2 destina-se a constatar o desenvolvimento do concubinato no Brasil, suas raízes e existência, desde tempos remotos, nas diversas fases da história de nosso país, sem deixar de ressaltar o tratamento legal dispensado às uniões de fato pelo Código Civil de 1916, bem como a disciplina conferida a tais alianças pelas Constituições brasileiras até a vigente Carta.

De suma importância neste capítulo é a posição humanitária das leis esparsas diante da família informal, cuja contribuição, aliada ao trabalho de regulamentação desenvolvido pela jurisprudência no sentido de amparar os seus membros, possibilitou a progressiva admissão de alguns direitos aos concubinos, mesmo diante do vazio jurídico presente na legislação civil ordinária.

A nova perspectiva vislumbrada aos partícipes de uma união estável pelo codificador constituinte de 1988 é o tema desenvolvido no capítulo 3, onde se pretende

demonstrar todas as mudanças operadas no âmbito dos relacionamentos livres após a Constituição atual, institucionalizadora de um novo modelo familiar e marco notável no processo de evolução do concubinato na sociedade brasileira.

Aborda-se, também, neste capítulo o regramento ordinário das relações de fato consubstanciado nas Leis nº 8971/94 e 9278/96, cada qual responsável por uma nova e diferenciada etapa legislativa para os componentes das alianças concubinárias.

Em razão da amplitude do tema, procurou-se enfatizar determinados aspectos relativos ao concubinato ensejadores de maior polêmica entre a comunidade jurídica, tais como o direito a alimentos, a questão sucessória, a competência para julgamento das ações relativas à união estável, entre outros, realizando-se uma comparação entre os direitos atribuídos aos concubinos e sua extensão anteriormente à Constituição de 1988 e após o vigente diploma, visando-se, com isso, explicitar, da melhor forma possível, o lugar ocupado pela união estável na cultura do país no transcorrer dos anos e a conseqüente preocupação do legislador, da doutrina e da jurisprudência em regular estas formas de relacionamento, que continuam sua marcha evolutiva no sentido de concretizar direitos já previstos e de consagrar os ainda emergentes.

Cumprе ressaltar, ainda, que as expressões união estável, informal ou de fato, relação concubinária ou livre, a exemplo, serão empregadas neste trabalho de maneira indistinta como forma de designar o concubinato, que, como será oportunamente explicado, consiste em termo normalmente usado para referir-se, em geral, às uniões constituídas sem casamento, evitando, assim, a repetição excessiva e indesejada de tal vocábulo.

Destaca-se, por fim, que o método preponderantemente a ser utilizado é o indutivo e, excepcionalmente o dedutivo, fundamentando-se a presente pesquisa em dados e informações colhidas em obras relativas ao assunto, com incursão jurisprudencial e devida verificação dos textos legais.

CAPÍTULO 1

CONCEITOS E ASPECTOS ETIMOLÓGICOS E HISTÓRICOS DA EVOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM DIFERENTES CULTURAS

Independentemente da maneira pela qual tenha se originado e das razões motivadoras de sua formação, cujo complexo estudo fica aqui reservado às várias teorias formuladas em torno do assunto, a família caracteriza-se por ser o núcleo e o alicerce do organismo social, eis que o homem, enquanto ser gregário, move-se por seu instinto inato de conviver em grupo.

Daí porque a família é, antes de mais nada, uma criação da natureza, uma realidade sociológica que nasce espontaneamente, pois “... quando um homem e uma mulher se reúnem sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, ali está uma família. Passou por lá o juiz, com sua lei, ou o padre, com seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural.”¹

Efetivamente, a constituição dos grupos familiares antecede a qualquer forma de regulamentação jurídica, que lhe é posterior, realizando-se, desde tempos antigos, e nas mais variadas culturas, de maneira instintiva e livre de formalidades.

A crescente propagação das uniões estáveis, notadamente nos últimos tempos, culminou, a par de outros fatores, em um processo de reestruturação familiar, o que implica hoje em se reconhecer que, “deriva a família de três fontes: o casamento, o concubinato e a adoção. Diz-se, em conseqüência, que há três espécies de família, a família legítima, a família natural e a família adotiva.”²

1.1 O conceito de união estável ou concubinato

¹ BITTENCOURT, E. de M. **O Concubinato no Direito**. v. 1. Rio de Janeiro: Alba, 1961. p. 25.

² GOMES, O. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 31.

O sentido etimológico da expressão “concubinato”, proveniente do latim *concupinatus* ou *concupantis*, significa “dormir com” (*cum cubare* - do verbo grego *concupare*), razão pela qual associa-se à noção de comunhão de leito, entrosamento carnal, de relações sexuais permanentes.

No dicionário, o termo aponta o “estado de quem tem ou é concubina; amasio, barreguice, concubinagem, comborçaria, mancebia”³ ou ainda, “assim se diz da união ilegítima do homem e da mulher. É, segundo o sentido de *concupinatus*, o estado de mancebia, sem aprovação legal.”⁴

Concúbito, do latim *concupitus*, significa cópula, coito. O elemento etimológico primário do concubinato é o concúbito contínuo exclusivo da mulher com o homem com quem habita e/ou mantém relações sexuais. Este é o conceito original de concubinato, ou melhor, o mais primário. Entretanto, este conceito tem evoluído bastante e na verdade há até uma certa dificuldade entre os autores de delinear precisamente esta idéia.⁵

Atualmente, vigente outro estágio para os relacionamentos de fato, diversas são as definições traçadas pela doutrina visando conceituar o fenômeno das uniões informais, considerando-as sob diversos aspectos.

Edgar de Moura Bittencourt, assevera a dificuldade de indicar, com precisão, o verdadeiro sentido de concubinato, porquanto “sua conceituação no direito varia segundo as situações que se apresentam como fato jurídico”, sendo necessário, pois, “examinar-se uma a uma dessas circunstâncias, para se ter idéia do concubinato como fato jurídico em face das obrigações e dos direitos que acarreta”.

Por tal razão, e considerando que os elementos que o compõem permitem a construção de uma concepção mais ou menos ampla, leciona o autor que o “concubinato é a união estável no mesmo ou em teto diferente, do homem com a mulher, que não são ligados entre si por matrimônio. Tal é o sentido estrito, é a convivência *more uxorio*, ou seja, o convívio como se fossem marido e mulher”, ao passo que a significação abrangente abarca

³ FERREIRA, A. B. de H. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 448.

⁴ SILVA, D. P. e. *Vocabulário Jurídico*. v. I e II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 490.

⁵ PEREIRA, R. da C. *Concupinato e União Estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 37.

“desde a posse do estado de casado, com notoriedade e de longos anos, até a união adúltera.”⁶

Partindo do mesmo princípio, Álvaro Villaça Azevedo explica o concubinato sob duas óticas diferenciadas, eis que em seu entendimento “apresenta-se esse vocábulo, atualmente, com dois sentidos: amplo e estrito. Pelo sentido amplo ou *lato*, significa todo e qualquer relacionamento sexual livre; pelo sentido estrito, é a união duradoura, constituindo a sociedade familiar de fato, com *affectio societatis*, respeito e lealdade recíprocos.”⁷

Idêntico raciocínio é adotado por Júlio Cesar Viseu Junior, ao destacar as duas interpretações passíveis de serem utilizadas para compreensão da realidade social das alianças estáveis:

... num sentido mais abrangente, para designar qualquer relação menos estável, excluídas, no entanto, as ocasionais ou transitórias, ou mesmo numa acepção menos elástica, para restringir-se à qualificação do convívio duradouro, símile do casamento, determinado pela vontade livre dos partícipes ou por fatores outros, mas sem a pecha da ilicitude. Naquele sentido, pois, estariam albergadas situações que aqui não poderiam ser enquadradas, a que alguns autores preferem denominar concubinagem, como as ligações envolvendo pessoas casadas com outrem, sem que exista prolongada separação de fato, o relacionamento simultâneo característico de um concubinato múltiplo e a hipótese típica do incesto.⁸

Arnaldo Rizzardo, a seu turno, adota uma definição bastante flexível, na qual se enquadram diversas situações conjugais não formalizadas, todas elas albergadas sob a denominação genérica de concubinato:

Apresenta-se, pois, o concubinato, na união de fato, a qual implica não somente relações de sexo, mas também a prolongada comunhão de vida. Compreende o casamento religioso, (...) bem como a união adúltera. São concubinos, ainda, os que enfrentam uma vida marital não reconhecida no aspecto formal, ou aqueles que tiveram o casamento declarado nulo, ou se matrimoniaram no estrangeiro e não tiveram o vínculo reconhecido pelas leis do país para onde se transferiram.⁹

⁶ BITTENCOURT, E. de M. *Concubinato*. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1980. p. 14-15.

⁷ AZEVEDO, A. V. União Estável: antiga forma do casamento de fato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 701, p. 8, mar. 1994.

⁸ VISEU JUNIOR, J. C. O Estatuto da Relação Concubinária. In: BITTAR, C. A. (Coord.). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 144.

⁹ RIZZARDO, A. *Casamento e Concubinato - Efeitos Patrimoniais*. Rio de Janeiro: Aide, 1985. p. 160.

De fato, não passa de relação concubinária o matrimônio meramente religioso, porquanto a lei brasileira não atribui efeitos civis às uniões realizadas tão-somente perante a autoridade eclesiástica, embora muitas vezes os parceiros comportem-se como verdadeiros cônjuges diante da sociedade e mesmo acreditem estarem legalmente casados.

Da mesma forma, o chamado casamento por contrato, muito difundido no interior do país, através do qual um casal, por meio de instrumento público ou particular, subscrito por testemunhas, ajustava uma convivência comum, cabendo à mulher a participação nos lucros mediante realização dos serviços domésticos, não produz quaisquer resultados no mundo jurídico, enquadrando-se no conceito mais amplo de concubinato.

Idêntica consideração legal atribui-se, ainda, ao casamento realizado no estrangeiro, opção daqueles que dispunham de recursos financeiros e encontravam-se impedidos de casarem novamente, já que o desquite brasileiro era juridicamente tratado como divórcio perante às leis forasteiras.

Com relação à ingerência destas situações no campo dos enlaces informais, leciona Júlio Cesar Viseu Junior:

... o concubinato se apresenta sob diferentes aspectos, como o que decorre do casamento religioso, do casamento por contrato e da relação permanente entre pessoas legalmente desimpedidas, o que, no âmago, não lhes dá conotação peculiar, a ponto de merecerem, cada um, estudo em separado. São, em verdade, feições diversificadas de um mesmo instituto, pois viver maritalmente é aparecer em público com os sinais exteriores de pessoas casadas, pouco importando, assim, as razões fáticas determinantes desse comportamento.¹⁰

Vale destacar, por fim, a explanação sintética utilizada por Irineu Antonio Pedrotti, que reúne em poucas palavras a noção essencial e última acerca das uniões livres: “o concubinato é o mesmo que hemigamia, que é o matrimônio livre (*matrimonium vocatur*), ou casamento de fato.”¹¹

Em verdade, torna-se difícil, como bem ponderou Edgar de Moura Bittencourt, atribuir ao concubinato um conceito único, pois impossível seria fixar uma definição democrática o bastante para traduzir a dinâmica e variedade das relações livres entre homem e mulher. Da mesma forma, igualmente impróprio é determinar previamente quais situações

¹⁰ Op. cit, p. 144.

¹¹ PEDROTTI, I. A. **Concubinato - União Estável**. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995. p. 5.

estão excluídas da pretensa noção de união estável, sob pena de deixar à margem da proteção legal muitas destas alianças de fato, e conseqüentemente, largar ao desamparo os seus componentes.

Todavia, embora trate-se de tarefa intrincada, é preciso traçar um perfil dos relacionamentos informais ao menos para atribuir-lhes determinados efeitos no âmbito jurídico, o que pode ser feito, acredita-se, extraíndo qualquer valoração apriorística acerca do caráter do enlace, cujas particularidades exigem um estudo isolado, porquanto somente desta maneira evita-se rigorismos conceituais e, conseqüentemente, decisões extremadas ou injustas.

Logo, a par das definições doutrinárias acerca do concubinato, é possível afirmar que sua maior e mais marcante peculiaridade consiste na ausência de regras ou formalidades a ditarem a convivência prolongada entre o homem e a mulher, ou seja, de um modo bastante abrangente, decorre a união estável, antes de mais nada, da circunstância de duas pessoas manifestarem vontade recíproca de unir suas vidas para construção de um lar comum, e embora ausente o liame conjugal, a relação assume, entre eles e perante terceiros, aspecto de verdadeiro matrimônio, quer residam ou não sob o mesmo teto e dela resulte ou não prole.

1.2 Acepção e alcance jurídico do concubinato

A expressão concubinato é a mais largamente utilizada para designar todo e qualquer relacionamento entre o homem e a mulher sem casamento. Entretanto, vários outros termos têm igual função e também podem ser empregados com este sentido, eis que, mesmo mais específicos, dada a distinta significação literal de cada um, servem para assinalar determinada forma de aliança heterossexual destituída de vínculo matrimonial.

Assim, união informal, livre ou de fato, revela genericamente a relação não formalizada perante o Direito, tal como união irregular, não obstante entender Arnaldo Rizzardo que esta última hipótese aponta “a ausência de condições para a regularização da vida em comum, por serem os concubinos ou um deles, já casados”¹² - embora quem delas faça uso, em geral, não distingüa o caráter do enlace a que deseja denominar, ou seja, pouco importa seja lícito ou adúlterino, será o relacionamento nomeado da mesma forma .

O autor destaca, ainda, outros vocábulos dos quais valem-se os doutrinadores para referirem-se ao concubinato:

¹² Op. cit, p. 161.

... semicasamento, quando há posse do estado de casado, com entrosamento de vidas e interesses, numa comunhão de fato; amigação, significando toda ligação do homem com a mulher fora do casamento; mancebia, em que a conjugação de duas pessoas se resume ao aspecto sexual, com alguma assistência econômica ou compensação à mulher.¹³

Segundo raciocínio de Edgar de Moura Bittencourt, os termos concubinato e união livre não diferem entre si, isto é, “são idéias semelhantes, abrangendo uma e outra a relação entre homem e mulher, fora do matrimônio. Essa relação, na frase de Savatier, se designa, em estilo nobre, por união livre e, em estilo menos nobre, por concubinato.”¹⁴

Francisco José Cahali, após explicar a família natural como aquela “decorrente de relação estável e duradoura, sem as formalidades do matrimônio, mas com *animus* de vida comum como se casados fossem”, prescreve que a união livre se caracteriza, em sua inteligência, “por voluntariamente não se pretender a submissão às regras específicas de constituição do casamento.”¹⁵

Rainer Czajkowski, por sua vez, critica veementemente a utilização do termo família natural para designar tão-somente aquela proveniente de ligação concubinária, eis que, de acordo com sua concepção, o organismo familiar será sempre natural, seja proveniente do casamento ou do concubinato, e principalmente porque, acrescenta, “em termos puramente semânticos ao natural contrapõe-se o artificial, o que só seria o caso da adoção.”

Manifesta-se também o doutrinador contra o uso indevido da palavra ilegítima para assinalar o concubinato estável, mormente nos dias de hoje, pois “pode-se compreender por ‘ilegítimo’ desde o ‘falso’ até o ‘ilegal’ ou o ‘à margem da lei’”, opondo-se, igualmente, à expressão família irregular e elegendo, por fim, a denominação que acredita mais apropriada:

... a designação distintiva de família regular e família irregular deve ser encarada com reservas, porque a valoração jurídica das famílias ditas ‘irregulares’, oriundas de uniões livres, a rigor não depende de qualquer regularização. Resta, portanto, a diferenciação simples e mais adequada dos tipos de famílias em família formal (originada do casamento), e família informal (resultante da união livre).¹⁶

¹³ Op. cit., p. 161.

¹⁴ Op. cit., p. 3.

¹⁵ CAHALI, F. J. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10.

¹⁶ CZAJOWSKI, R. *União Livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 44-46.

Além desta variada gama de palavras destinadas a nominar o concubinato, o termo *stuprum*, cujo emprego visa revelar a união efêmera, acidental, com vistas principalmente à satisfação sexual, e, portanto, incapaz de produzir conseqüências jurídicas, por seguidas vezes também exsurge nas decisões jurisprudenciais.

Entretanto, como prudentemente leciona Edgar de Moura Bittencourt, as diferentes conotações que pode assumir a união concubinária não devem ser encaradas de maneira absoluta, principalmente porque os vocábulos constantemente são empregados de maneira ampla ou indistinta, o que não implica em reconhecer-lhe esta ou aquela característica:

A expressão *concubinato* tem duplo sentido. Genérico, quando, como termo análogo à *união livre* abrange toda ligação do homem com a mulher fora do casamento. Específica, quando tange ao semimatrimônio, à posse de estado de casado, ao entrosamento de vidas e de interesses, numa comunhão de fato.

Seria arbitrário usar a expressão *concubinato* apenas neste último sentido, deixando as demais, como *mancebia* e *amigação*, com as correlatas expressões *amante*, *barregã*, *amásia*, etc., para outra acepção. A orientação que assim se firmasse daria azo a que se confundissem situações, dada a diferente técnica legal.¹⁷

De fato, não há que se pensar que o uso de determinado termo indique sempre uma relação estável com este ou aquele atributo negativo ou positivo, eis que isto implicaria em associar-lhe, previamente, um sentido específico, o que jamais deve ocorrer, porquanto todas as expressões qualificam, em última análise, um único fenômeno, qual seja, o concubinato, cuja amplitude permite designar as mais variadas uniões sem casamento.

Ademais, o significado de cada vocábulo nominativo dos relacionamentos concubinários depende de uma interpretação subjetiva da própria pessoa que o utiliza, como restou demonstrado pelas diversas orientações doutrinárias supracitadas, daí porque preferível afastar-se qualquer valoração acerca da espécie de união assinalada sob determinado termo.

Entretanto, mister é observar que o termo concubinato, embora amplamente versado, adquiriu, por razões eminentemente históricas - notadamente no Brasil, pois a forte influência da Igreja Católica, firmou a noção de que os relacionamentos de fato eram apenas os extraconjugais e adúlteros, e, portanto, proibidos e ilegais - uma carga negativa, refletora do preconceito que sempre existiu em torno das uniões livres, quase sempre acompanhadas da

¹⁷ Op. cit., p. 16.

pecha de imoralidade ou ilegalidade, razão pela qual a Constituição preferiu utilizar-se da denominação “união estável”.

Tal expressão, já conhecida e empregada anteriormente à Carta Constitucional de 1988, surgiu para classificar o relacionamento duradouro entre o homem e a mulher, mormente em função do conteúdo preconcebido a ele associado. Todavia, considerando o enlace concubinário em sua acepção mais restrita - ou seja, designadora da aliança prolongada, semelhante ao matrimônio - não há qualquer diferença substancial entre os dois vocábulos, indicando muito mais uma intenção do legislador constituinte de eliminar a discriminação ínsita à locução concubinato, como bem retrata Sílvio Rodrigues ao afirmar que a “união estável é o nome que o constituinte deu ao concubinato e não vejo diferença entre as duas expressões”.¹⁸

1.3 Concubinato puro e impuro

Ainda que esta diferenciação dos enlaces concubinários a partir de denominações diversas, possa assumir, por vezes, uma inflexibilidade indesejável, de molde a impedir previamente uma análise da relação em si, a grande maioria dos julgados separa quase que rigidamente duas categorias de relacionamentos estáveis, fato este, inclusive, que corresponde à classificação das uniões livres efetuada pela doutrina.

A divisão do concubinato em modalidades ou espécies diferenciadas constituiu-se, a princípio, uma criação doutrinária com vistas a delimitar as uniões passíveis de apreciação jurídica, mormente em face da ausência de um conceito legal e de um disciplinamento das alianças de fato, bem como por força, reafirma-se, da abrangência da expressão concubinato, usualmente empregada para indicar qualquer relação extramatrimonial.

Neste diapasão, consagrou-se entre os doutrinantes o entendimento de que, dependendo do estado civil dos concubinos ou mesmo da relação de parentesco existente entre eles, o concubinato classificar-se-ia em puro ou impuro, cada qual com diferentes conseqüências no mundo do Direito.

O enlace de pessoas desimpedidas para o casamento daria origem ao chamado concubinato puro, porquanto formado por solteiros, viúvos ou separados judicialmente, inexistindo, portando, óbice ao relacionamento de fato, ao passo que a relação incestuosa, cujo

¹⁸ RODRIGUES, S. *Direito Civil. Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 260.

obstáculo à união reside no parentesco, ou adúlterina, caracterizada pelo casamento válido de um dos consortes com outrem, adquiriria caráter de relação impura.

À primeira vista, esta pareceu ser a forma mais propícia para afastar, de pronto, qualquer pretensão por parte dos partícipes de uma união abertamente adúlterina ou incestuosa, baseando-se os julgadores na ilegalidade da aliança e na impossibilidade de protegê-la, sob pena de estimular situações contrárias à moral e ao bom costume. Da mesma forma, acentuou-se a partir desta concepção a irrelevância, para o Direito, das ligações passageiras ou de cunho meramente sexual, somente passíveis de gerar proveitos aos filhos, nunca aos participantes.

Seguindo os passos da doutrina, os tribunais igualmente estabeleceram qualificações distintas para os enlaces concubinários, atribuindo efeitos legais diferenciados a cada uma das situações. Destarte, mediante a expressão “concubina” assinalou-se a união ilegal e clandestina do homem casado com sua amante, em oposição ao vocábulo “companheira”, referindo-se à aliança do homem e da mulher desimpedidos para o matrimônio.

Adahyl Lourenço Dias retrata o entendimento pretoriano albergando sob o termo concubinagem, totalmente diverso do concubinato em seu sentido estrito, uma gama de relacionamentos livres relativamente duradouros:

Afigura-se-nos o sentido lato mais para o lado da concubinagem, isto é, ligação do homem casado civilmente, coabitando-se com sua legítima esposa, e, concomitantemente, mantendo uma ou várias concubinas; ou do homem desimpedido, mas que a sua coabitação com a concubina não assuma, pelo espaço de tempo, a durabilidade convincente de uma ligação plena e aparente estado de casado.¹⁹

Entrementes, adveio a dificuldade em enquadrar como pura ou impura a união formada por concubinos separados apenas de fato do antigo cônjuge, prática bastante comum na sociedade brasileira, por força da indissolubilidade do vínculo matrimonial existente até o ano de 1977.

Neste caso, uma interpretação literal de cada modalidade concubinária ensejaria, num primeiro momento, a inserção de tais relacionamentos dentre os impuros, posto que persistente o impedimento matrimonial de um ou de ambos os concubinos. No entanto, tais situações, aos poucos, foram conquistando o amparo da jurisprudência, de forma que mesmo os doutrinadores hoje têm afastado a adúlterinidade ou deslealdade destes relacionamentos,

¹⁹ DIAS, A. L. *A Concubina e o Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 42.

consoante atesta o entendimento de Álvaro Villaça Azevedo: “se o concubinato for adúltero ou desleal, mas o concubino faltoso estiver separado de fato de seu cônjuge ou de seu concubino anterior, cessará a adúlteridade ou a deslealdade, tornando-se puro seu concubinato.”²⁰

Como vários outros autores, Francisco José Cahali asseverou tratar-se tal distinção doutrinária e jurisprudencial de questão meramente terminológica, porquanto ainda não existente uma denominação específica para a relação concubinária, sendo que, de acordo com sua inteligência, o termo concubinato abrangia não somente as alianças adúlteras e incestuosas, como também os relacionamentos instáveis, mas lícitos, que por qualquer motivo não se enquadram na noção de união estável.²¹

De fato, tal como as expressões utilizadas para denominar a união livre, que são incapazes de defini-la com precisão, razão pela qual não devem ser tomadas em termos absolutos, afigura-se errôneo o julgador apegar-se à esta subdivisão do concubinato em puro e impuro, pois tal discriminação perde grande parte de sua serventia ao considerarmos a multiplicidade de relacionamentos que podem restar excluídos do amparo legal tão-somente por não se conformarem a uma ou outra das espécies enumeradas pela doutrina e adotadas pela jurisprudência.

1.4 Elementos caracterizadores da união estável

Com vistas a melhor identificar em qual tipo de união enquadrava-se o caso concreto, e principalmente visando separar, de modo mais seguro, as alianças estáveis das meras relações sexuais, que, mesmo repetidas não se caracterizavam como tais, estabeleceu a doutrina alguns elementos aptos a indicar a estabilidade, a seriedade e a efetiva honorabilidade do enlace, assim merecedor do tratamento jurisprudencial.

Iniciando-se o concubinato sem ato formal, partiu-se do princípio de que, para reconhecer direitos aos seus participantes, necessária fazia-se a verificação das circunstâncias presentes em sua constituição e, portanto, reveladoras do perfil do relacionamento a ser tutelado.

²⁰ Op. cit., p. 9.

²¹ Op. cit., p. 46.

Formou-se, pois, um consenso doutrinário quanto aos elementos que deveriam figurar em uma união estável, de forma a permitir que sejam destacados os mais importantes, e, conseqüentemente, apontados pela grande maioria dos autores.

Procurando assemelhar a relação concubinária ao casamento e acatando o pressuposto de que àquela cumpria assumir o aspecto de verdadeiro matrimônio, inclusive com o cumprimento mútuo e voluntário dos deveres propriamente conjugais, exigia-se, principalmente, a comunhão de vida e interesses, envolvendo mútua afeição, dedicação e assistência, incluída aí a continuidade de relações sexuais.

Outrossim, a notoriedade e honorabilidade do enlace, esta vinculada à fidelidade recíproca dos parceiros e à durabilidade da união, completavam o conteúdo mínimo reclamado para habilitá-lo à produção de conseqüências positivas.

A coabitação comum ou a convivência *more uxorio*, outrora considerada componente necessário para a caracterização do relacionamento estável, passou a ser requisito dispensável para fins de sua identificação, como dispôs a Súmula nº 382 do Supremo Tribunal Federal, mesmo porque nos dias atuais tornou-se comum habitarem os cônjuges em casas separadas.

No entanto, muitos doutrinantes permaneceram na defesa da convivência sob o mesmo teto como aspecto importante para assinalar a união concubinária, ainda que não imprescindível, considerando que esta não se limitaria à coabitação, “mas envolve a comunhão de vida, dentro da reciprocidade de afeição e de tratamento.”²², conforme prescreve Áurea Pimentel Pereira:

... não se alcança como será possível reconhecer-se a existência de uma convivência *more uxorio* quando se está diante de ligações sexuais em que os parceiros permanecem em tetos diferentes, sabido que é da essência do quase casamento a coabitação, isto é, a vida sob o mesmo teto, sob pena de não se poder falar em imitação de casamento ...²³

Do mesmo modo, Américo Luís Martins da Silva entende necessária a habitação comum ou comunidade de leito prolongada para caracterizar a relação estável, não admitindo, portanto, a ausência concomitante de ambos os elementos.²⁴

²² BITTENCOURT, E. de M. Op. cit., p. 115-116.

²³ PEREIRA, A. P. *A Nova Constituição e o Direito De Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 32.

²⁴ SILVA, A. L. M. da. *A Evolução do Direito e a Realidade das Uniões Sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 208.

Todavia, ao fato de eximir-se os concubinos da exigência de residência conjunta, correspondeu um maior rigorismo no exame dos demais aspectos do relacionamento, pois segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, embora nem sempre a convivência sob o mesmo teto implicasse na comunhão de vidas e na conjugação de interesses dos parceiros, afastada esta, circunstâncias outras obrigatoriamente assumiriam mais relevo.

A inexistência de impedimento matrimonial entre os consortes também foi levantada por alguns autores como requisito objetivo para caracterização da união informal, no sentido de impedir o amparo aos concubinatos incestuosos e adulterinos. No entanto, a proteção dispensada pela jurisprudência às alianças concubinárias em que um dos partícipes é apenas separado de fato tornou tal exigência absolutamente desobrigatória, modificando-se a idéia inicial de que a ausência de obstáculos ao casamento entraria na composição dos relacionamentos livres.

Por fim, a *affectio societatis*, indicando as mesmas motivações que levam ao casamento e traduzida principalmente na comunhão espiritual e sexual, por vezes igualmente vinha consignada como elemento integrativo da união, asseverando os autores que a vontade de conviver em aparência de marido e mulher precisaria estar presente, como no matrimônio. Porém, tal elemento geralmente adquiria maior relevância no caso de necessidade de comprovação da sociedade de fato entre os concubinos, para fins de partilha do patrimônio comum (Súmula nº 380 do STF).

O fator tempo, expresso na devida continuidade das relações, podia ser constatado somente através da verificação da durabilidade do enlace, eis que não havia um prazo determinado a fim de apontar a estabilidade, o que reclamava um exame cuidadoso do relacionamento.

Em face desta dificuldade, doutrina e jurisprudência preferiram eleger o espaço de cinco anos de convivência para considerar a relação apta à produção de efeitos jurídicos, como já vinham fazendo várias legislações esparsas, notadamente as previdenciárias, embora não devesse o magistrado apegar-se a tal limite temporal, exigindo-se por parte deste sempre um estudo dos vários aspectos da união, já que muitas vezes, ainda que curta sua duração, apresentava-se esta comprovadamente sólida, ao passo que alguns relacionamentos, mesmo contínuos, não constituíam união estável, podendo indicar, ao contrário, uma ligação descompromissada ou mera aventura sexual - razão pela qual várias decisões admitiam prazos menores para caracterização da estabilidade.

Impunha-se, igualmente, o conhecimento da relação por parte, ao menos, das pessoas mais intimamente ligadas ao casal, demonstrando não ser esta oculta ou sigilosa, até porque, como coloca Washington de Barros Monteiro, “o segredo tem como consequência o desconhecimento do fato e, posteriormente, a dificuldade de sua comprovação em juízo”²⁵.

Manifestando-se contrário à necessidade de notoriedade para configurar o enlace livre, mas considerando-a relevante circunstância indicadora da existência desta, prescreve Francisco José Cahali:

... não se mostra adequada a indicação da notoriedade como requisito para caracterização da união estável, ainda que apenas em complementação aos demais pressupostos apresentados. Isto se diz porque à sociedade ou comunidade, ainda que restrita, não compete ver ou saber das intenções subjetivas dos companheiros, embora, na maioria das vezes, constante o reflexo deste relacionamento expressado pelos concubinos. O que importa, sim, é o sentimento próprio dos partícipes em, reciprocamente, agirem com afeição, tratando-se, no íntimo, como se casados fossem, com todas as peculiaridades, responsabilidades e atitudes tendentes a partilhar a vida em comum.²⁶

Outrossim, exigia-se respeito mútuo entre os parceiros, pois a infidelidade já desnaturaria o conteúdo moral e sério da união. Entretanto, configurada a boa-fé de um dos companheiros, a exemplo do casamento putativo, reconhecia-se resultados jurídicos a esta relação, desde que presentes os demais requisitos caracterizadores do concubinato.

Sílvio Rodrigues aponta a fidelidade como o traço distintivo mais relevante a ser considerado:

... em muitos casos, poder-se-ia mesmo dizer que o elemento básico caracterizador do concubinato é a presumida fidelidade recíproca dos concubinos, pois ela não só revela o propósito de vida em comum e o de investirem-se eles na posse do estado de casados, como cria uma presunção *juris tantum* de que o filho havido pela mulher foi engendrado por seu companheiro.²⁷

Todavia, evitando rigorismos na apreciação deste fator, alguns doutrinantes defendiam que um ato de infidelidade de um dos consortes, desde que único, não bastaria para, aprioristicamente, negar-se proteção jurídica a esta união, se existentes outros requisitos

²⁵ MONTEIRO, W. de B. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 15-16.

²⁶ Op. cit., p. 68.

²⁷ Op. cit., p. 249.

capazes de atribuir-lhe estabilidade e seriedade, principalmente quando o relacionamento não restou desfeito por força da conduta do concubino infiel, fato que viria reforçar sua solidez.

Ao lado dos elementos referidos, classificados como caracteres principais dos enlaces informais, certas circunstâncias secundárias, como a dependência econômica e a existência de filhos comuns, também constituíam objeto de apreciação pretoriana, eis que na grande maioria das vezes a união concubinária mostrava-se de difícil comprovação.

Cumprido destacar, por fim, a chamada “posse do estado de casado” - prevista nas Ordenações e igualmente tratada no parágrafo único, do art. 202, do Código Civil Brasileiro - no tocante à caracterização do concubinato.

Embora destinada, primacialmente, a atuar como elemento de convicção nos casos relativos à legitimidade da prole (hoje irrelevante em face da equiparação constitucional entre os filhos de qualquer natureza), sendo vedado aos parceiros invocá-la em litígios entre si ou contra terceiros, leciona Edgar de Moura Bittencourt:

Na análise da união livre, apresenta-se de pronto a posse do estado de casado. Indiscutivelmente, é a forma de maior respeito. E dela o casamento religioso sem o civil dá o exemplo mais frisante e mais comum.

Na apreciação dos efeitos jurídicos positivos do concubinato, procura-se neste a imitação do matrimônio legal. E a posse do estado é a imitação completa.²⁸

Entretanto, ainda que à primeira vista possam parecer confusas ambas situações, a doutrina aponta-lhes as distinções: enquanto na posse de estado de casado há uma presunção da existência de casamento entre seus parceiros, que apresentam qualidade de cônjuges perante a coletividade, no concubinato, mesmo aparentando verdadeiro matrimônio, figura a ausência de qualquer vínculo conjugal entre os companheiros, conhecidamente unidos apenas de fato. Ademais, como assevera Adahyl Lourenço Dias, “o estado de casados tem por pressuposto o desimpedimento, ao passo que o concubinato, em grande parte, provém das condições de pessoas impedidas de convolarem núpcias.”²⁹

Após a conceituação do fenômeno concubinário e breve estudo de seus elementos formadores, segue-se a análise de seu processo crescente de evolução em variadas culturas.

1.5 Aspectos históricos

²⁸ Op. cit., p. 88.

²⁹ Op. cit., p. 54.

O processo evolutivo da união estável não se efetuou de maneira equânime em todas as sociedades, variando em conformidade com a cultura dos povos. Entretanto, mesmo dentro de determinado organismo social, não há que se falar em um desenvolvimento gradativo, posto que sempre oscilou - e ainda oscila - entre momentos de plena aceitação e de repulsa fervorosa, embora nunca tenha deixado de existir em todo o mundo.

Efetivamente, explica Edgar de Moura Bittencourt que “até o século passado e mesmo no atual, antes do desencadeamento dos rumos sociais e trabalhistas do direito, as leis dos diversos povos ou silenciavam sobre o concubinato ou a ele se referiam para reprimí-lo, por qualquer forma.”³⁰

1.5.1 O concubinato na antigüidade

Leciona Ronaldo Frigini que, “remonta a milênios a notícia da existência das concubinas na vida dos homens, mesmo no tempo em que a poligamia era o regime natural dos casados, podendo-se afirmar que possuir apenas uma mulher representava comportamento vergonhoso, desonroso para o homem.”³¹

A partir dos estudos de Adahyl Lourenço Dias³² constata-se, efetivamente, quão freqüente era o concubinato entre os povos antigos, relatando o autor a vida totalmente desregrada e de ampla liberdade sexual, reforçada pelos cultos religiosos, existente entre os caldeus e babilônicos, cuja cultura permitia que as mulheres recebecem o consentimento dos pais ou dos maridos para entregarem-se à prostituição e aos homens concedia-se licença para possuírem quantas concubinas desejassem.

Os hebreus consideravam concubina aquela que se encontrasse entre a mulher legítima e a prostituta, evidenciando como eram comuns as ligações concubinárias. De outra parte, a mulher devia-se manter virgem até a noite de núpcias e o seu adultério era severamente punido, ao passo que, submetidas à autoridade do chefe de família, ficavam obrigadas a aceitar que os filhos nascidos das uniões extramatrimoniais fossem reconhecidos pelos pais e herdassem parte de seus bens.

³⁰ Op. cit., p. 29.

³¹ FRIGINI, R. O Concubinato e a Nova Ordem Constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 686, p. 56, dez. 1992.

³² Op. cit., p. 13-21.

Para os persas, que permitiam a poligamia se do primeiro matrimônio não restasse prole, não havia restrições ao concubinato, inclusive equiparando-se os filhos legítimos aos ilegítimos.

Os costumes do povo fenício, que se influíram entre os hebreus e os gregos, também revelam a ligação existente entre a religião e os enlaces concubinários, constituindo os rituais de adoração aos deuses verdadeiras orgias sexuais, das quais, inclusive, resultavam filhos de paternidade desconhecida.

Entre os egípcios, vigente a família poligâmica durante toda a época antiga, os homens, além de casarem-se com inúmeras mulheres, praticavam abertamente o concubinato, tornando-se generalizada sua existência na história egípcia.

As relações concubinárias assumem ainda maior destaque na sociedade grega, pois sendo freqüente e notórias entre os filósofos, escultores, poetas, tornaram-se as concubinas famosas por sua participação na vida cultural da Grécia.

De fato, os costumes lascivos e a preferência pela poligamia caracterizavam o comportamento deste povo, não havendo distinção entre prole legítima e ilegítima, como descreve Edgar de Moura Bittencourt ao asseverar que “no antigo direito, a posse do estado bastava para que houvesse matrimônio”, destacando o autor, ainda, que, “entre os gregos, a concubinação não acarreta qualquer desconsideração e era, em certa medida, reconhecida pelas leis.”³³

Mais tarde, as leis de Licurgo, rei-legista, tentaram corrigir a imoralidade que ainda assolava os gregos, completadas por Sólon, dois séculos depois, instituindo definitivamente a monogamia (...)
Os esforços de Sólon, em purificar a vida lasciva dos gregos, são constatados nas instituições do “Dicterion”, mantido pelo governo, e com a finalidade de limitar a recinto fechado a lascividade amorosa, pagando-se tributos ao Estado, e de pôr a coberto de qualquer violência ou atentado, na prostituição legal, o pudor das virgens e mulheres casadas, visando, também, fazer perder a mocidade as inclinações vergonhosas que tanto a embruteciam. As concubinas passaram a formar uma classe à parte, sujeita a regulamentação própria.³⁴

1.5.2 O concubinato no Direito Romano

³³ Op. cit., p. 13.

³⁴ DIAS, A. L. Op. cit., p. 18-19.

Na Roma primitiva, a propriedade aparece de forma bastante marcante como base formadora da família, e o patriarcado confere ao *pater familias* - homem independente que não possuía ascendente masculino vivo ou era emancipado, destacando-se como chefe absoluto da organização familiar - o poder sobre os filhos, a mulher e os escravos, competindo-lhe decidir acerca do destino dos bens e das pessoas a ele subordinadas, sendo que somente mais tarde os laços de consaguinidade assumem a devida relevância dentro do âmbito familiar.

O casamento civil ou *justae nuptiae*, que colocava a mulher sob a autoridade do marido, podia realizar-se de diferentes maneiras, dentre as quais, mediante a simples convivência entre o homem e a mulher por um ano, configurando, assim, o *usus*, modalidade informal de matrimônio.

Ao lado das várias espécies de relações consideradas legítimas pelo direito civil, a sociedade romana também conheceu outras: o casamento entre peregrinos ou entre um cidadão romano e um peregrino, chamado *matrimonium juris gentium* ou *sine connubio*; o *contubernium*, união (e não casamento) de escravos ou entre pessoa livre e escravo; e o *concubinatus*, aliança livre, sem o *consensus nuptialis*.³⁵

Leciona Álvaro Villaça Azevedo quais eram as formas de união reconhecidas pelo Direito Romano:

No Direito Romano, a mulher passava a integrar a família de seu marido, pela *conventio in manum*, sujeitando-se à *manus*, que era o poder marital, por uma das seguintes formas de constituição familiar: a) pela *confarreatio*, que consistia em uma cerimônia religiosa, reservada ao patriciado, com excessivas formalidades (...); b) pela *coemptio*, casamento privativo dos plebeus, que implicava a venda simbólica da mulher ao marido, assemelhando-se, pela forma, à *mancipatio*; e c) pelo *usus*, que era o casamento pela convivência ininterrupta do homem e da mulher, por um ano, em estado possessório, que, automaticamente, fazia nascer o poder marital, a não ser que, em cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do lar conjugal (*trinoctii usurpatio*).

Além dessas formas de casamento, existiu o concubinato, em Roma, regulamentado, de modo indireto, à época do Imperador Augusto, pelas *Lex Iulia* e *Papia Poppaea de maritandis ordinibus*.³⁶

A princípio, não gozou o concubinato de qualquer proteção jurídica, eis que permaneceu legalmente desconhecido durante toda a República, o que, entretanto, não impediu sua proliferação, mormente em razão da condenação do matrimônio entre patrícios e plebeus

³⁵ DIAS, A. L. Op. cit., p. 23

³⁶ Op. cit., p. 7.

firmada na Lei das XII Tábuas, o que torna os enlaces de fato ainda mais comuns nestas classes. Assim, conforme observa Rainer Czajkowski, “na ótica puramente jurídica tais uniões logo deixaram de ser irrelevantes, ou combatidas, para serem aceitas e, até mesmo, produzirem determinados efeitos.”³⁷

No início do Império, sob o governo de Augusto, a união estável - já presente em todas as camadas da sociedade romana - foi legalizada através das Leis *Julia de adulteriis*, *Julia de maritendis* e *Pappia Poppae* como sendo aquela existente entre duas pessoas de sexo diferente, sob o mesmo teto, com aparência de verdadeiro casamento, não se confundindo, pois, com a mancebia, de cunho sexual e efêmero.

No Baixo Império, “o concubinato é considerado, pelo Código Teodosiano, como distinto da simples união de fato (concubinagem)”³⁸, pois o crescente espaço por ele ocupado leva a sua admissão como um casamento inferior, quase equiparado às *justae nuptiae*, e ao qual passam os imperadores a atribuir efeitos jurídicos, a começar pela possibilidade de legitimação dos filhos naturais, provenientes destas relações livres (prerrogativa que não se estendia aos espúrios, porquanto oriundos de uniões transitórias), medida destinada a regularizar as alianças de fato, eis que, uma vez praticada, convertia a relação estável em matrimônio.

Coloca Washington de Barros Monteiro que “o concubinato romano era assim um quase-casamento, união inferior ao casamento, semimatrimônio, contraído sem formalidades, porém, de natureza lícita, nada tendo de torpe ou reprovável. Faltava-lhe, no entanto, a *affectio maritalis*, sempre presente nas *justae nuptiae*, e era despido de finalidade social e familiar inerente ao matrimônio.”³⁹

Da mesma forma, explana Américo Luís Martins da Silva acerca da aceitação das alianças concubinárias pela cultura romana, retratando os ensinamentos de Vandick Londres da Nóbrega no sentido de que “o *concubinato* era uma reação à concepção do casamento legítimo e não consistia numa união transitória repelida pela moral. A ‘concubina’ romana diferia da *meretrix* e não constituía qualquer estigma para a mulher ser uma ‘concubina’.”⁴⁰

³⁷ Op. cit., p. 39.

³⁸ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 122.

³⁹ Op. cit., p. 16.

⁴⁰ Op. cit., p. 83.

À época do imperador Justiniano, o concubinato puro permaneceu aceito no texto do Digesto, que permitia expressamente ao chefe de uma província ter como concubina uma mulher natural desta, segundo lição de Adahyl Lourenço Dias:

... o Digesto destacou-lhe capítulo apropriado, e a convivência duradoura entre homem e mulher, impedidos pela proibição do casamento ou que este fosse desonroso, tornava o concubinato união louvável, e até mesmo honrosa, especialmente entre patrono e liberta. Distinguia-se o casamento e concubinato tão-só pela presunção, forçada pela igualdade ou desigualdade na condição social, por constituir estado de fato, celebrado independentemente de qualquer solenidade ou ato simbólico.⁴¹

Assim, embora de ordem secundária, a união entre concubinos era legal e originava direitos sucessórios aos seus participantes, podendo os filhos receberem a herança do pai, conforme a existência ou não de prole legítima e desde que não concorressem com a esposa do falecido. Da mesma forma, ao pai atribuíam-se a obrigação de prestar alimentos aos filhos naturais.

Contudo, a legitimidade conferida às uniões concubinárias pelas Leis Júlia e *Papia Poppae*, não logrou continuidade no império de Constantino, pois tais diplomas legais foram revogados, pondo fim a todos os efeitos até então reconhecidos ao concubinato e culminando com sua abolição por Basílio no Império Bizantino (século IX).

A partir daí, a dominação cada vez mais intensa da Igreja Católica, valorizando o casamento e distinguindo entre a filiação legítima e a ilegítima, vem para controlar os comportamentos humanos e limitar os relacionamentos sexuais, e ainda que extinto no Oriente, o concubinato mantém-se no Ocidente.

1.5.3 O concubinato na Idade Média e a posição da Igreja Católica

No sistema feudal, embora a família continue a ser encarada como uma organização de cunho econômico, o elemento político assume maior relevância na esfera familiar, unindo seus membros sob o poder - agora não mais absoluto - de um chefe. Permanece, pois, a autoridade deste, mas a subordinação ao *pater* já não é mais tão flagrante como no Direito Romano.

⁴¹ Op. cit., p. 27.

Explica Orlando Gomes como deu-se esta evolução da família com a estrutura feudal:

Modifica-se o círculo familiar sob dupla tendência, a da importância atribuída ao casamento pelo cristianismo e da limitação aos laços de sangue.

Sob a influência da Escola do Direito Natural, altera-se profundamente a estrutura tradicional da família. Seu cunho patriarcal e sua finalidade política foram combatidos, proclamando-se a conveniência de organizá-la em bases igualitárias e de se privá-la de qualquer função política. Negou-se o caráter religioso do matrimônio e se pugnou pelo enfraquecimento da autoridade paterna.

Os princípios dessa doutrina foram, em grande parte, acolhidos no Código de Napoleão. Mas o direito de família, sistematizado nesse monumento legislativo, funda-se ainda na autoridade paterna e no poder marital, na incapacidade e submissão da mulher, na igualdade dos filhos legítimos e na inferioridade da condição dos ilegítimos. O casamento foi secularizado, tornando-se contrato civil, e o divórcio permitido. Perdeu a família sua importância, quer do ponto de vista econômico, quer do ponto de vista político, passando a primar, na sua organização jurídica, sob forma inorgânica, as relações pessoais e patrimoniais entre seus membros, reduzidos, praticamente, aos cônjuges e à prole.⁴²

A Idade Média é marcada pela intensa influência da Igreja Católica em todos os setores da vida pública, principalmente o cultural e o social, de maneira que durante todo este período as relações privadas de cunho familiar ficam sob a dominação cristã e a prevalência do Direito Canônico, reconhecendo-se, desde o século X ao século XV, apenas o casamento religioso como forma de união entre homem e mulher e concebendo-se como legítima somente a família constituída após as bênçãos divinas.

Ainda assim e mesmo considerando a união estável atentatória à moral e causa ensejadora da desagregação familiar, a Igreja a admitiu, com grande resistência e oposição de muitos de seus membros, por toda época medieval, eis que, como prescreve Adahyl Lourenço Dias, “inegável é a geral aceitação do concubinato na Idade Média previsto em leis, como ato civil suscetível de gerar direitos, como instituição organizada, tal qual matrimônio morganático, produzindo certos efeitos civis; é natural que a Igreja o tolerasse, contra os reclamos de certos padres.”⁴³

⁴² Op. cit., p. 39.

⁴³ Op. cit., p. 29-30.

Daí porque, leciona o autor, o Concílio de Toledo, no ano de 400, consigna expressamente sua aprovação em relação ao concubinato (cânone 17), possibilitando ao homem optar pela aliança concubinária ou pelo casamento, sucedendo-se idêntica orientação no Concílio de Mayença, em 815.

Mesmo com a transformação do casamento em um sacramento, realizada após o Concílio de Florença, no ano de 1439, verifica-se a indulgência da Igreja para com as uniões de fato, desde que não adúlteras ou incestuosas.

Sobre o concubinato na Idade Média até a Moderna, Caio Mário da Silva Pereira, *apud* Rodrigo da Cunha Pereira, prescreve que:

... apesar de combatido pela Igreja, nunca foi evitado, nunca deixou de existir. E, se os canonistas o repudiavam de *iure divino*, os juristas sempre o aceitaram de *iure civile*. Quem rastrear a sua persistente sobrevivência, por tantos séculos, verá que em todas as legislações em todos os sistemas jurídicos ocidentais houve tais uniões, produzindo seus efeitos mais ou menos extensos.⁴⁴

Todavia, em face da difusão cada vez maior das uniões concubinárias, que chegaram mesmo a invadir os conventos e trazer a libertinagem para dentro da própria Igreja, inicia-se, apoiado na autoridade de Santo Agostinho e Santo Ambrósio, um movimento de combate a toda e qualquer ligação extramatrimonial (pouco importando o caráter da relação, que passou a ser vista sempre como incestuosa e adúltera), culminando na sua efetiva condenação corporificada no Concílio de Trento nos anos de 1542 a 1563, já, pois, na Idade Moderna.

De acordo com os ensinamentos de Américo Luís Martins da Silva, o Concílio Tridentino reafirma o caráter sacramental do matrimônio e reconhece a competência exclusiva da Igreja para decidir acerca de todas as questões relativas ao casamento, influenciando diretamente a evolução do Direito de Família nos países católicos e exercendo um quase monopólio ideológico e efetivo monopólio religioso sobre as sociedades que aceitaram suas orientações.⁴⁵

No Velho e no Novo Testamento reflete-se igualmente o reconhecimento do enlace conjugal enquanto um sacramento, sobreposto, assim, à noção deste como um contrato,

⁴⁴ Op. cit., p. 26-27.

⁴⁵ Op. cit., p. 92-94.

e as regras canônicas hoje vigentes proclamam a reprovação à poligamia, ao concubinato e ao divórcio.

O Direito Canônico chegou mesmo a admitir a extinção da sociedade conjugal pela separação de corpos e de patrimônio, inovação esta introduzida no recente Código de 1983, porém, continuou não aceitando a concessão do divórcio após a cópula carnal dos nubentes, independentemente do motivo alegado por ambos.

Em relação às uniões concubinárias, atualmente o tratamento é hostil, pois o Código de Direito Canônico, nos cânones 1395, § 1º, e 1093, estabelece sanções aos concubinos, embora nem sempre tenha sido assim, conforme observado, e segundo o relato de Francisco José Cahali:

... durante o longo período de prevalência do direito canônico encontramos fases de maior tolerância com as relações concubinárias e outras com severas restrições e até sanções aos concubinos.

Veja-se, por exemplo, Santo Agostinho (que na sua juventude viveu em concubinato) admitindo a concessão de batismo à concubina, com a condição de ela se comprometer a não abandonar seu companheiro; e no Primeiro Concílio de Toledo, em 400 d.C., admitiu-se a união monogâmica, se de caráter perpétuo e sendo homem solteiro; também o Papa Gregório II, em 726 d.C., permitiu ao homem casado com esposa doente, incapaz das funções conjugais, a possibilidade de tomar uma segunda mulher, contanto que tenha cuidado com a primeira.

A seu turno, com postura mais rigorosa, noticia Pio Ciprotti que a Igreja nos primeiros séculos “havia proibido aos eclesiásticos que residissem com mulher, salvo se fosse sua parente ou não despertasse alguma suspeita”.⁴⁶

1.5.4 O concubinato nas Idades Moderna e Contemporânea

A generalização do concubinato em todas as sociedades supera, como anteriormente mencionado, o descontentamento da doutrina cristã face às uniões concubinárias, que obrigada a aceitá-las, não consegue impedir alcancem estas o período moderno.

Com o Renascimento, destaca Américo Luís Martins da Silva, passa-se a valorizar a vida familiar enquanto conjugação de sentimentos e tradições, dirigindo-se a atividade do Estado e da Igreja no sentido de fazer sobressair a importância do casamento legítimo,

⁴⁶ Op. cit., p. 7-8.

disseminar a imoralidade das relações extraconjugais e eliminar os matrimônios clandestinos ou contratuais (realizados sem a presença da autoridade eclesiástica), o que acaba resultando na exigência de uma publicidade prévia e da presença de testemunhas para sua celebração.

Todavia, a competência da Igreja para julgamento da matéria pertinente ao Direito de Família torna-se uma tarefa estatal - já que a discrepância existente desde o fim da Idade Média entre o Direito Canônico e as normas civis vigentes, alcança, além das questões patrimoniais, o aspecto pessoal - fazendo surgir a necessidade de elaboração de normas sobre o assunto não só nos países reformados, como também nos países católicos que não receberam o Concílio de Trento.⁴⁷

O matrimônio religioso perde seu caráter de exclusividade com a instituição do casamento civil, mas o concubinato permanece alheio à qualquer regulamentação jurídica, conforme relata Edgar de Moura Bittencourt, ao traçar o perfil dos relacionamentos estáveis na Idade Moderna:

A união irregular só desponta como elemento de negação jurídica, a partir da instituição do casamento civil sob a forma legal, quando a Holanda a criou no século XVI e nos séculos posteriores acentuou-se a tendência de legislar-se sobre essa matéria. Anteriormente a essa conquista de institucionalização do matrimônio, as ligações a este não se apresentavam como problema: existia uma disciplina a respeito, tal como no Direito Romano, em que o concubinato era considerado casamento inferior, de segundo grau, e como no regime das Ordenações Filipinas, em que a ligação extra-matrimonial prolongada gerava direitos em favor da mulher.⁴⁸

Somente na Idade Contemporânea, mais precisamente a partir da primeira metade do século XIX, é que se dá início a um maior e merecido tratamento jurídico ao concubinato, pois os tribunais franceses começam a aceitar e conceder direitos à concubina, embasando, a princípio, suas decisões no aspecto econômico da relação e na teoria da obrigação natural quando a promessa de conceder algo à concubina antecede a dissolução da união. Aos poucos, os julgados vão se flexibilizando e reconhecendo a relação estável não somente como uma sociedade puramente contratual ou comercial, mas também e, principalmente, como uma união pessoal.

A importância da orientação francesa faz sentir-se, da mesma forma, no surgimento da primeira lei neste país relativamente ao tema, em 1912, na qual foi o

⁴⁷ SILVA, A. L. M. da. Op. cit., p. 93-94.

⁴⁸ Op. cit., p. 1.

concubinato considerado uma relação hábil ao reconhecimento de filhos ilegítimos.⁴⁹ A partir daí a evolução da união estável seguiu a passos largos em muitas sociedades, notadamente na brasileira, onde este processo avançou consideravelmente nos últimos anos e as maiores inovações ainda acontecem, muito embora o concubinato também aqui já existisse desde tempos antigos.

1.5.5 As causas do concubinato e sua relação com a nova concepção de família

Aponta Edgard de Moura Bittencourt o que levou ao surgimento e crescimento das uniões livres:

Distinguem-se duas razões para que grande número de homens procure o concubinato: uma puramente subjetiva e moral, presa ao próprio indivíduo e ditada por sentimentos pessoais; outra depende de condições econômicas, sociais e jurídicas, alheias à vontade das pessoas, que são forçadas, sem embargo de sua própria determinação, a recorrer à união legítima por não poderem casar-se. No tocante às causas psicológicas, existe enorme variedade de fatos. Crenças religiosas, desníveis sociais, oposições paternas, falta de coragem para o homem casar-se com a companheira insubstituível, etc.

Igualmente apontam alguns escritores as legislações antidivorcistas, que impedem nova união legal do homem e da mulher, separada de fato do casamento frustrado.⁵⁰

A indissolubilidade do casamento - princípio arduamente defendido pela Igreja Católica - constituiu, sem dúvida, um dos maiores incentivos ao concubinato, fazendo aumentar sobremaneira o número de filhos naturais ou adulterinos. Impedidos de casarem-se novamente, homens e mulheres separados de fato formavam uma união à margem da lei (como no caso dos casamentos por contrato e os realizados no estrangeiro) ou simplesmente procuravam em outros leitos a satisfação sexual e afetiva ausente no lar conjugal.

Na vida moderna, razões diferenciadas têm reforçado as relações concubinárias, dentre as quais: o crescente número de separações, o que ocasiona um certo temor nas pessoas em relação ao casamento, levando-as a optar por uma união informal; a independência econômica da mulher, libertando-a da dominação marital ou levando-a a preferir mera convivência sob o mesmo teto a ter que arcar com todas as responsabilidades decorrentes de

⁴⁹ PEREIRA, R. da C. Op. cit., p. 28-29.

⁵⁰ Op. cit., p. 2.

um matrimônio; os meios de comunicação de massa e as idéias inovadoras por eles propagadas; além de preocupações comuns a todos, e que são decorrência dos tempos atuais, como o aspecto financeiro, a necessidade de ampla dedicação à carreira, a instabilidade afetiva, a agitação do dia-a-dia, a incompatibilidade de gênios, enfim, a busca por um viver livre de problemas e preocupações.

Por certo, em função de variadas razões de ordem econômica, política e social, principalmente por força do desenvolvimento do capitalismo, as relações familiares - como não poderia deixar de ser, posto que constituem fenômeno sociológico - passam por profundas alterações, transmutando a noção de família até então construída. Fala-se em família, atualmente, sob variadas acepções, cuja estrutura é totalmente diversa, eis que adaptada às vicissitudes próprias da vida moderna. Poder-se-ia dizer, inclusive, que o modelo familiar de hoje deixa de lado o formalismo para repousar no sentimentalismo de outrora, retomando-se os valores iniciais que motivaram a agregação humana, tais como a afeição, a comunhão de vontades e o companheirismo.

Destaca Orlando Gomes que “a tendência para facilitar o divórcio, permitido por mútuo consentimento em muitas legislações e favorecido pela multiplicação de suas causas, está deslocando o fundamento do matrimônio para uma vontade contínua.”⁵¹

A família nos tempos de agora não mais se caracteriza pelo patriarcalismo e hierarquia de relações ou pelo cunho religioso predominante entre os povos antigos, não é uma reunião organizada de pessoas onde cada um tem funções predeterminadas, mas sim um agrupamento distante de qualquer rigorismo legal ou cultural.

Esta é uma realidade que se faz atual em todas as partes do mundo, embora variando conforme o grau de desenvolvimento e industrialização dos países. Mas em verdade o que se verifica é uma crescente queda no número de casamentos oficiais, que têm dado lugar a uma tendência universal de constituição de uniões livres, principalmente estáveis, formando as conhecidas “famílias de fato”, levando à progressiva juridicização do concubinato, mormente nos países latino-americanos.

Vale ressaltar as causas que contribuíram para a evolução do paradigma familiar vigente, no entender de Arnaldo Rizzardo:

Há, diríamos, sem temor de exagero, uma progressiva desintegração de valores criados quando eram menores os grupos, fenômeno que é agravado por outros fatores, como o crescente processo de

⁵¹ Op. cit., p. 40.

urbanização das populações, os problemas sociais de subsistência, de marginalização econômica, de desemprego, de falta de espaço habitacional, concentrações de residências em edifícios, favelas, cortiços e vilas (...) A crise econômica enfrentada por todos, somada à angústia diante da inquietude que representa o futuro, com falta de perspectiva e idealismo, torna os indivíduos agressivos e desprovidos de disposição, para valores de índole espiritual. A tais realidades não poderia ficar irrefratária a família. Sem dúvida, constituem algumas causas que tiraram o carisma de dogma ao casamento, influenciando no enfraquecimento do princípio da contratualidade das relações.⁵²

Assim é que, em princípio, o concubinato difundiu-se entre a população economicamente carente, face ao rigorismo da lei e as exigências financeiras relativamente ao casamento, mas hoje existem uniões de fato em todas as camadas sociais. Não interessa, na cultura atual, a forma que se dará à união ou os efeitos jurídicos dela provenientes, mas sim a vontade de unir esforços para a construção de um futuro melhor, o que somente é possível quando a convivência familiar é harmoniosa, seja ela derivada do casamento civil, religioso ou de mera ligação concubinária.

João Baptista Villela pondera acerca da proliferação do concubinato nos tempos atuais:

Fenômeno presumivelmente tão antigo quanto as primeiras manifestações gregárias do ser humano, o concubinato adquiriu, na sociedade contemporânea, depois de ter sido exorcizado, a princípio pelo casamento religioso e logo depois pelo casamento civil, ampla extensão e importância decididamente singular. Na cultura hodierna, marcada pelos sinais da ruptura com o sagrado e da revisão incondicional da ordem estabelecida, não haveria o casamento de fugir à geral contestação que, tanto a nível especulativo como nos horizontes da práxis, opõe aos valores tradicionais reserva e desconfiança, quando não franca e ostensiva hostilidade (...) O chamado casamento informal não só se converteu em prática largamente difundida como alcançou progressiva aceitação nos diferentes grupos sociais.⁵³

Todavia, a proteção estatal à união estável somente surgiu com a Constituição de 1988, que atribuiu a condição de entidade familiar às relações de fato, eis que algumas Leis que já anteriormente haviam tratado da matéria preocuparam-se apenas com a proteção individual de cada componente da união informal, mas nunca esta foi elevada à categoria de

⁵² Op. cit., p. 156-157.

⁵³ VILLELA, J. B. Concubinato e Sociedade de Fato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 623, p. 18, set. 1987.

família. De fato, a tradição religiosa presente na legislação pátria sempre deu ênfase ao casamento, destacando-o como único modo legítimo de constituição de família, o que se refletiu na edição de todos os diplomas legais e constitucionais até a Carta vigente.

A regulamentação constitucional do concubinato foi fruto de um processo lento de evolução, mediante o qual afastou-se, aos poucos, a repulsa originária, para dar lugar à legitimidade social desta união, evidenciando os sinais do tempo e a mudança da própria noção de família, de forma a concluir-se que, se os relacionamentos informais existiram em todas as sociedades e épocas da evolução humana, nunca ocuparam o *status* dos tempos atuais.

Para a perfeita compreensão do crescente desenvolvimento da união estável no Brasil, composto de acontecimentos seqüenciais e coligados entre si, cumpre estudar o surgimento do concubinato na sociedade brasileira, bem como sua posição perante as leis e a jurisprudência anteriormente à disciplina trazida pela Constituição atual, o que será abordado no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 2

A EVOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL SOB A ÓTICA LEGAL, DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ATÉ A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na sociedade brasileira, tal como nas demais culturas, a união estável como forma de agregação familiar provém de épocas antigas, embora sua evolução apresente, logicamente, peculiaridades próprias, correspondentes a cada momento da história do país.

Assim, desde os tempos do Brasil-Colônia, a par do organismo familiar socialmente estruturado, outras eram as formas de constituição de família, e ainda que o direito brasileiro, por razões variadas, sempre tenha marginalizado estas situações, elas permaneceram presentes no cenário nacional até os dias de hoje, ocasião em que, finalmente, receberam o devido tratamento legal, mas não sem antes verificar-se todo um trabalho da doutrina e da jurisprudência neste sentido.

2.1 As raízes do concubinato no Brasil

A colonização do Brasil pelos portugueses, em meados do século XVI, não impediu a proliferação do concubinato e de espécies diversas de uniões entre homens e mulheres, que à margem das normas e costumes vigentes em Portugal continuaram existindo como meio de organização familiar, notadamente em uma sociedade onde os casamentos eram raros.

Mesmo sendo comuns as relações informais, toda a estruturação do Direito de Família Brasileiro deu-se de maneira imposta e refletiu os ideais da elite portuguesa dominante, desrespeitando, absolutamente, os padrões de comportamento do povo.

Américo Luís Martins da Silva explica a disparidade existente entre as regras impostas por Portugal e os valores pregados pela Igreja e a efetiva realidade social:

Enfim, o que se via no Brasil colonial, principalmente do século XVI ao século XVIII, constituía uma forte falta de legitimidade das normas estabelecidas pela Coroa Portuguesa e pelo interesse dos seus diretos colaboradores. De forma que, a existência de três espécies de casamentos válidos, previstos nas Ordenações Filipinas e não aceitos pela Igreja, ainda era a posição normativa que poderia ter alguma justificação junto à sociedade da época, isto é, que, mais ou menos, se aproximava da realidade e que poderia ter algum sucesso junto à população do Brasil colonial. A nosso ver, o Concílio Tridentino não conseguiu persuadir ou frear os costumes sexuais do Brasil colonial, principalmente no interior da Colônia, tornando-se certamente, na maior parte das vezes, um emissor de normas inaplicáveis. O Concílio conseguiu, sim, criar uma situação paralela (Direito vivo) às suas diretrizes e determinações.⁵⁴

O Direito Português tinha como fonte principal o Direito Canônico, e por esta razão entre os anos de 1564 a 1595 a Igreja detinha, isoladamente, o poder de decidir acerca das questões matrimoniais.

No ano de 1603, o Estado Português, preocupado em fazer valer novamente suas normas jurídicas sobre as orientações traçadas pelo Concílio de Trento, principalmente no âmbito do Direito de Família, determinou a compilação das Ordenações Filipinas, mas a dominação da Igreja Católica sobre a vida privada social brasileira - cuja preocupação em determinar quais as regras de conduta aceitas pela doutrina cristã, colocava a mulher em uma posição de humilhante sujeição ao homem e combatia de frente as uniões concubinárias e toda forma de paixão sexual - fez sentir-se até a proclamação da República, em 1889.

No entanto, como observa Orlando Gomes, a intensa inserção das concepções religiosas e éticas do catolicismo na legislação familiar do país esteve presente por longo espaço de tempo, atingindo, inclusive, o momento jurídico atual:

A ordenação jurídica da família reflete, com efeito, idéias morais e costumes predominantes na sociedade para a qual se elaboram costumes e idéias que variam de povo a povo. Entre nós, esses fatores de particularização têm procedência predominantemente lusitana. Conformaram a legislação traslada para estas terras, e ainda depois da emancipação política o país continuou a se reger, durante algum tempo, pelas leis vindas de Portugal, especialmente as Ordenações Filipinas.⁵⁵

⁵⁴ SILVA, A. L. M. da. *A Evolução do Direito e a Realidade das Uniões Sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 130.

⁵⁵ GOMES, O. *Direito de Família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 10.

As Ordenações do Reino, em várias passagens trataram do concubinato, considerando-o união respeitada de duas pessoas de sexo diferente, vivendo como se casados, diferentemente das relações passageiras ou meramente carnais, igualmente presentes na cultura brasileira, e que, condenadas pela Igreja ante seu caráter efêmero e imoral, eram, ao lado do adultério e da bigamia, punidas em diversos títulos, conforme salienta Adahyl Lourenço Dias:

Influenciadas pelo direito canônico, as Ordenações Filipinas, também denominadas do Reino, acataram várias resoluções conciliares transmudadas em regras sociais, constantes de legislações anteriores esparsas, alvarás, cartas régias, provisões etc., consolidadas pelas Ordenações.

Por isso, não cogitaram muito do que dissesse respeito às uniões passageiras, ou concubinação, preferindo, entretanto, prever resultados provindos do concubinato, a união de duas pessoas de sexo diferente “vivendo em fama de marido e mulher, com mesa e leito comuns, por tais havidos por toda vizinhança e vila.”⁵⁶

Por certo, o matrimônio oficial afigurava-se como opção apenas das classes mais altas, enquanto o concubinato destacava-se por sua preferência entre a grande maioria da população, e mesmo os homens legalmente casados não se privavam de manter concubinas (como modernamente ainda ocorre). Ademais, os filhos ilegítimos eram, em um primeiro momento, aceitos pela sociedade com a maior naturalidade possível, não sofrendo qualquer espécie de discriminação, como retrata Américo Luís Martins da Silva ao afirmar que “não havia, no Brasil colonial, de um modo geral, acentuada restrição moral à gravidez ilegítima, muito pelo contrário, os filhos ilegítimos não sofriam rejeição social significativa.”⁵⁷

Eni de Mesquita Samara descreve nitidamente o espaço ocupado pelas uniões estáveis no cenário social:

Desde o início do período colonial, houve uma certa resistência, por parte da população brasileira, em realizar casamentos legítimos, instituição substituída por muitos pelo concubinato e pelas ligações transitórias, conforme também constataram os viajantes, já em meados do século XIX, sendo várias as razões apontadas para explicar o fenômeno. As dificuldades decorrentes de problemas sócio-econômicos, da instabilidade e da dispersão em que viviam os habitantes, somadas a um padrão duplo de moralidade que regulava o comportamento dos sexos e dos grupos sociais, favoreceram a proliferação de situações desse tipo.

Durante as várias etapas da nossa história é possível estabelecer uma analogia entre o processo de miscigenação e as uniões

⁵⁶ DIAS, A. L. *A Concubina e o Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 45.

⁵⁷ Op. cit., p. 118.

irregulares que resultaram em um número crescente de mestiços e ilegítimos que a sociedade teve, eventualmente, de incorporar aos seus quadros sem eliminar, entretanto, a marca da bastardia. Em princípio ocorreram as ligações com as mulheres índias, por vezes posteriormente legalizadas e vinculadas não apenas aos motivos sexuais, mas também aos interesses políticos de estabelecer pactos de amizade e de promover a pacificação. Com a introdução do braço escravo, as mulheres negras continuaram mantendo ligações com os brancos sem que tais situações normalmente fossem sacramentadas pela Igreja.⁵⁸

Somente com a edição do Decreto nº 181, de 1890, o casamento perde o seu cunho meramente cristão e sacramental, eis que surge o enlace civil como forma exclusiva de união reconhecida por lei, extinguindo-se, então, a validade do matrimônio religioso e das relações de fato, orientação adotada também pelo vigente Código Civil de 1916.

Leciona Álvaro Villaça Azevedo as mudanças provocadas pelo mencionado diploma legal:

Ao lado desse casamento religioso, sempre existiu o casamento de fato, que corresponde ao casamento clandestino ou de “conhecidos”, pela simples convivência como marido e mulher, que chegou até nós pelas Ordenações do Reino, até a edição do Decreto nº 181, de 1.890, que criou os rigores de forma, hoje existentes, instituindo, há pouco mais de cem anos, o casamento civil. Antes, tudo era natural em matéria de casamento, como sempre foi no passado.

Desse modo, pelas mesmas Ordenações existiam o casamento religioso, o clandestino (pela convivência, que corresponde ao concubinato puro, hoje união estável) e o por escritura pública, com duas testemunhas.

A par dessas formas de constituição, existia o concubinato impuro (incestuoso ou adúlterino), sempre condenado.⁵⁹

Percebe-se, pois, que muito embora várias tenham sido as razões propulsoras da união estável entre o povo brasileiro, esta era aceita socialmente como forma natural de constituição familiar, merecendo, inclusive, certo reconhecimento legal. Todavia, a partir da instituição do casamento civil pelo Decreto nº 181, ao mesmo tempo em que se quebra o monopólio da Igreja sobre as questões matrimoniais, o concubinato perde o *status*

⁵⁸ SAMARA, E. de M. *As Mulheres, o Poder e a Família - São Paulo, Século XIX*. São Paulo: Marco Zero, 1989. p. 125.

⁵⁹ AZEVEDO, A. V. Com a promulgação da Lei nº 9.278, em 10 de maio de 1.996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, v. 11, p. 22, maio/jun. 1996.

anteriormente ocupado, iniciando-se, então, um período de larga discriminação às relações de fato, marcado pelo formalismo e rigidez do sistema legal, que se perpetua por muito tempo.

As infinitas exigências formais impostas pela lei relativamente ao matrimônio não somente retiraram o cunho de legitimidade social desfrutado até então pelo concubinato, como também marginalizaram o casamento religioso, de maneira que, somente as pessoas civilmente casadas mereceram a proteção da lei, pouco importando o fato de inúmeras famílias restarem juridicamente desamparadas.

No entanto, a secularização do casamento enquanto medida destinada a diminuir consideravelmente o número de uniões concubinárias acabou por produzir outros motivos ensejadores destes tipos de relações, que agregadas às demais causas originadoras do concubinato, levam, conseqüentemente, à proliferação de relações informais.

Em verdade, o formalismo exacerbado acarretou muitos óbices à realização de novos matrimônios, como também não estimulou a regularização das situações de fato, pois aos gastos econômicos somava-se a impossibilidade de um segundo casamento, uma vez desfeita a união anterior.

A inexistência do divórcio no Brasil - porquanto as leis permitiam apenas o desquite, que não rompia o laço matrimonial - igualmente contribuiu de forma espantosa para o crescimento de uniões informais e para o aumento do número de filhos naturais ou adúlteros.

Por tal razão, o advento da denominada Lei do Divórcio, em 1977, não provocou alteração vultuosa no contexto social, ao contrário do que se esperava, revelando-se muito poucos os pedidos de divórcio, eis que o concubinato já era encarado pela sociedade como um modo alternativo de organização da família, seja porque as pessoas não estavam dispostas a enfrentar a alta burocracia legal, seja porque preferiam permanecer em situação irregular a ter que gastar esforços e dinheiro tão-somente para formalizar a união, pois o que de fato as interessava era o aspecto sentimental, a conjugação dos objetivos, a cumplicidade.

Explica, com grande clareza, João Baptista Villela, as causas motivadoras desta situação:

No Brasil, sabe-se, era, até pouco, impossível recriar, pelas vias formais, uma subsequente experiência matrimonial sem que precedesse o falecimento do cônjuge ou a anulação do casamento. E, mesmo depois do advento da Lei 6.515, de 26.12.77, a chamada Lei do Divórcio, são tantos e tais os limites institucionais opostos à recomposição da vida familiar nos quadros regulares do Direito que

o concubinato, independentemente de outras razões, desempenhou e continua a desempenhar, ao lado do casamento, o papel de solução alternativa para os que aspiram a uma convivência amorosa estável.⁶⁰

2.2 Considerações legais, doutrinárias e jurisprudenciais acerca do concubinato até o advento da Constituição Federal de 1988

Embora conhecida a existência do concubinato no país desde tempos remotos, a legislação brasileira, dominada pela religião católica, não se preocupou em disciplinar as uniões informais, fato facilmente constatado a partir da leitura do Código Civil Nacional e de todas as Constituições do Brasil, exceção feita à vigente Carta.

2.2.1 O concubinato no Código Civil de 1916

O Código Civil Brasileiro, refletindo o pensamento dominante à época de sua elaboração e buscando valorizar a moral e os bons costumes, preferiu ignorar por completo as uniões concubinárias, a elas referindo-se somente com o intuito de valorizar o casamento e proteger o patrimônio da família legítima.

Assim, ao passo que o art. 229 deste diploma legal determina que o matrimônio civil consiste na única forma válida de constituição familiar, outras disposições fixam a preponderância do homem sobre a mulher na sociedade conjugal e eliminam do albergue jurídico os filhos ilegítimos, proibindo o reconhecimento dos espúrios e estipulando a prevalência sucessória da prole legítima em detrimento da filiação natural, consagrando um modelo patriarcal de família e enfatizando o aspecto puramente patrimonial do casamento.

Orlando Gomes prescreve com exatidão os princípios e concepções presentes na lei civil brasileira:

O Código Civil incorporou inovações em relação ao direito anterior, designadamente a lei do casamento civil editada pouco tempo depois da proclamação da República, no entardecer do século XIX. Ao tempo de sua votação perduravam influências que encaminhavam as preocupações do legislador para o círculo social da família muito mais do que para o campo da autonomia privada nos negócios jurídicos patrimoniais.

⁶⁰ VILLELA, J. B. Concubinato e Sociedade de Fato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 623, p. 19, set. 1987.

O privatismo doméstico influiria na adoção de normas bem expressivas do despotismo patriarcal reinante nos costumes sociais da época (...)

Esta é a imagem da família que se projetou no Código Civil.

Fonte exclusiva de sua constituição era o casamento civil, tal e qual definido na lei que o introduziu no país, - nenhum efeito civil se admitindo à livre união conjugal, mesmo ao casamento religioso sobrevivente nos costumes.⁶¹

A marginalização, todavia, torna-se expressa nos seguintes dispositivos do regulamento civil: art. 1177, estabelecendo a proibição de doação à concubina, que uma vez efetuada torna-se passível de anulação pelo cônjuge ou seus herdeiros necessários até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal; arts. 1719, inciso III e 1720, vedando o favorecimento da companheira em testamento como herdeira ou legatária, ainda que por interposta pessoa, desaparecendo o impedimento se o testador for solteiro, viúvo ou separado judicialmente; art. 1474, que torna defesa a instituição da concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida, ensejando sua anulação; art. 183, inciso VII, fixando a incapacidade matrimonial do cônjuge adúltero com seu co-réu por tal condenado; art. 284, inciso IV, habilitando a mulher casada a reivindicar os bens comuns transferidos pelo marido à amásia e, por fim, o revogado art. 358, não permitindo o reconhecimento dos filhos adúlteros.

Como exceção a este tratamento adverso, encontra-se a possibilidade de reconhecimento judicial da filiação se o investigante comprovar o concubinato da mãe com o pretenso pai ao tempo da concepção, assente no art. 363, inciso I.

Tal dispositivo, afastando-se do tradicional repúdio aos relacionamentos informais, admitiu a ampla interpretação da jurisprudência na apreciação dos elementos componentes da relação concubinária, o que contribuiu para a humanização dos julgados e sua flexibilização.

2.2.2 A união estável e as Constituições Brasileiras

As Constituições brasileiras, desde a primeira da República, tal como o fez o Código Civil, desprezaram por completo o fenômeno dos relacionamentos estáveis, de forma que somente no ano de 1988 os concubinos adquirem efetivamente algum amparo à nível constitucional.

⁶¹ Op. cit., p. 20.

Ainda durante o período imperial, portanto sob o domínio das regras cristãs, a Constituição de 1824 sequer contém alguma norma referente à família, de cuja regulamentação o Estado optou por excluir-se. Inaugurada a fase republicana e instituído o casamento civil através do Decreto nº 181, a situação permanece a mesma para os relacionamentos informais diante da Carta Constitucional de 1891, que apenas admite o matrimônio civil.

Vigente o Estado Social, a Constituição de 1934, que dedica um capítulo próprio para referir-se à família, permanece admitindo-a unicamente se constituída mediante o enlace civil (art. 144), mas traz consigo um avanço ao consignar a possibilidade de reconhecimento dos filhos naturais.

Idêntica orientação figura nos diplomas constitucionais de 1937 (arts. 124 a 127), 1946 (arts. 163 a 165) e 1967, que, como prova de uma visão pouco adaptada à crescente tendência humanitária do momento (eis que várias legislações esparsas já concediam determinados direitos aos concubinos, como se verá a seguir), em seu art. 175 preocupou-se em destacar o casamento enquanto instituição exclusiva de formação do núcleo familiar.

Neste sentido, leciona Júlio Cesar Viseu Junior:

O Brasil, que nasceu à sombra da cruz, estampada nas velas das naus portuguesas e levantadas em solo pátrio para a primeira missa, teve-a igualmente incorporada às suas denominações iniciais. Apareceu também em nossas bandeiras, estando hoje representada pelo Cruzeiro do Sul. Esse traço distintivo como que explica a profunda religiosidade do nosso povo e, com ela, o fato de que, à luz desses princípios e das normas vindas de Portugal, tenham sido editadas, entre nós, regras rígidas de repúdio à união livre. As poucas referências do Código Civil ao concubinato foram antes para repudiá-lo e os nossos textos constitucionais, desde o Império, sempre deixaram enfatizado que a família legítima se constitui pelo casamento, o que foi repetido pela Carta anterior, no seu art. 175.⁶²

Não obstante a ausência de tratamento legal, o concubinato continuou a progredir em todas as camadas da sociedade brasileira, e mesmo com a dissolubilidade do casamento, ocorrida durante a vigência da Constituição de 1969, as relações estáveis, conforme já descrito, não pararam de se proliferar, efetuando-se, juntamente a este processo, a evolução jurídica destas uniões.

Irineu Antonio Pedrotti discorre acerca da paulatina relevância jurídica assumida pelos relacionamentos de fato ao longo do tempo:

⁶² VISEU JUNIOR, J. C. O Estatuto da Relação Concubinária. In: BITTAR, C. A. (Coord). **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 145.

No curso dos anos o concubinato ganhou espaço como fato social no cenário jurídico nacional, passando a ser mais um fenômeno social reivindicador da proteção estatal. A indissolubilidade do vínculo matrimonial acabou sendo rompida pela crise constante dos casais que, diante da impossibilidade jurídica de regularizar uma nova situação, optaram pelo então desquite judicial ou litigioso, para uma nova união, ou mesmo passaram a ter vida em comum dispensando qualquer das formalidades legais, limitando-se à separação pura e simples e uma nova união. Com a Lei do Divórcio, a separação judicial ou litigiosa também não impediu novas uniões de fato, sendo constante a progressão dos inúmeros reflexos na área jurídica.⁶³

2.2.3 As leis esparsas diante do concubinato

Ainda que desconhecida e segregada pela lei civil e pelas Constituições brasileiras, a união concubinária mereceu o amparo de algumas legislações esparsas, que ao considerarem o concubinato instituição apta a gerar efeitos jurídicos, contribuíram sobremodo para a eliminação gradativa do estigma social imposto pelas regras vigentes e para seu desenvolvimento legislativo.

Tais normas, algumas fruto do trabalho desenvolvido pela jurisprudência, outras responsáveis pela sua evolução, reúnem os primeiros direitos lentamente adquiridos pelos concubinos no curso do tempo e representam, sem dúvida, o substrato jurídico de futuras conquistas.

A Lei do Imposto de Renda (Lei nº 4242/63, sucedida pela Lei nº 4862/65) possibilitava ao contribuinte separado judicialmente e sem obrigações em relação à sua ex-mulher, considerar a amásia como sua dependente, para fins de isenção, exigindo para tal, convivência no mínimo há cinco anos, impedimento legal para o casamento em razão do estado civil de um deles ou de ambos e inclusão da companheira entre seus beneficiários. Anos após, o Decreto-lei nº 1493/76, veio alterar a legislação do Imposto de Renda, mas repetiu este direito reconhecido pelo texto anterior, atualmente presente no Decreto 1041/93.

Para fins de locação, a jurisprudência, a princípio, negava à concubina a permanência no imóvel alugado após a ruptura da união estável, abrindo exceção no caso de manter filho do companheiro residindo no prédio. Mas não tardou para que os tribunais,

⁶³ PEDROTTI, I. A. *Concubinato - União Estável*. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995. p. 8-9.

inspirados na doutrina, consagrassem a irrelevância do caráter ilegítimo da união entre os locadores, ampliando o direito da amásia de prorrogação.

Adahyl Lourenço Dias foi um dos autores a defender a continuidade da locação pela concubina:

Se a concubina está no prédio em virtude de união com o morto, e, como tal, em boa fé ali permanece, não pode ser inquilina de esbulhadora, e retirada, via interditos possessórios, uma vez que a sua posição no prédio é idêntica, igualzinha, à da esposa legítima, tanto mais que a lei no preceito não distingue ‘herdeiros legítimos’ dos ‘ilegítimos’ ao referir-se a ‘herdeiros necessários’.⁶⁴

Neste passo, a revogada Lei de Locação (Lei nº 6649/79), em seu art. 13, concedeu aos dependentes econômicos que residissem com o locador a prerrogativa de prosseguimento na locação, no caso de sua morte, possibilitando o alcance desta norma à companheira.

Proclamavam os julgados, inclusive, que cabendo à concubina a continuação, seu direito prevalecia sobre o da esposa e o dos herdeiros necessários do locador, caso estes não residissem no bem locado.

Reconhecia-se, igualmente, a possibilidade de retomada do imóvel em proveito da concubina com quem o locatário mantivesse vida em comum, inferindo a jurisprudência que a expressão “cônjuge” constante na lei alcançava a companheira.

O Decreto-lei nº 4737/42, por sua vez, oportunizou o reconhecimento de filho havido fora do casamento, exigindo para tanto a separação legal, matéria esta tratada de forma mais extensa pela posterior Lei nº 883/49, que firmou a possibilidade de reconhecimento dos filhos adulterinos não somente nos casos de desquite, mas também na hipótese de morte ou anulação do casamento.

Com a Lei do Divórcio (Lei nº 6515/77) apresentou-se possível o reconhecimento do filho adulterino na constância do casamento, conquanto efetuado em testamento cerrado.

Washington de Barros Monteiro faz uma perfeita síntese deste momento jurídico e sua importância no âmbito do desenvolvimento legal das relações de fato:

O primeiro passo, destinado a legalizar o concubinato, foi dado, entre nós, com o advento do Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1.942, que dispôs sobre o reconhecimento dos filhos naturais. Com efeito, estabeleceu o respectivo art. 1º que ‘o filho havido pelo

⁶⁴ Op. cit., p. 142.

cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare a sua filiação'. Posteriormente, a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1.949, ampliou os casos de reconhecimento, ao permitir que essa perfilhação se efetuassem em todos os casos de dissolução da sociedade conjugal. De acordo com o primeiro diploma legal, só se permitia o reconhecimento após o desquite; pela segunda lei, cabe o reconhecimento não só no caso de desquite (ou separação judicial) como em todas as demais hipóteses de dissolução da sociedade conjugal. A recente Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1.977, em seu art. 51, modificando o § 1º, possibilitou o reconhecimento até mesmo na vigência do casamento, desde que o faça através de testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável. Bem clara, pois, a tendência do legislador pátrio. Procura ele facilitar o reconhecimento da prole havida fora do matrimônio, condescendendo assim com as relações extraconjugais e, portanto, com o próprio concubinato.⁶⁵

A proteção à filiação concubinária prosseguiu com a admissão da validade de disposição testamentária em benefício do filho adúlterino do testador com sua concubina, consignada na Súmula nº 447, do Supremo Tribunal Federal.

Os freqüentes julgados, que aos poucos foram admitindo o uso, pela mulher que vivia em concubinato prolongado, do apelido do consorte, culminaram no expresse reconhecimento desta pretensão pela Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6015/73), cujo art. 57, parágrafos 2º e 4º, acenou com o direito à adoção do patronímico do companheiro pela concubina, bastando a concordância do mesmo e a convivência há mais de cinco anos.

Entretanto, são as normas previdenciárias as que mais se destacam no tocante à admissão de vantagens decorrentes da união estável, posto que introduziram direitos e inauguraram nova perspectiva para os relacionamentos informais.

O objetivo de proteger todos os dependentes do trabalhador, levou a jurisprudência e a doutrina a encarar a família em sua acepção mais ampla, abrangendo, pois, as uniões estáveis. Destarte, antes mesmo da companheira ver reconhecido seu direito a concorrer com outros dependentes do segurado, antigos julgados já lhe concediam algumas prestações garantidas pela Previdência Social, equiparando-a à esposa legal e igualando o filho natural ao legítimo.

Já no ano de 1912, o Decreto nº 2681, conhecido como a Lei das Estradas de Ferro, estabelecia, em seu art. 22, a responsabilidade civil das Estradas de Ferro pelas despesas e indenizações devidas às pessoas economicamente dependentes do falecido.

⁶⁵ MONTEIRO, W. de B. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 17.

Assim, a reparação, até então cabível unicamente aos parentes do acidentado, passou a abranger todos os indivíduos que restaram privados de alimentação ou educação fornecidos pelo morto.

Neste diapasão, a jurisprudência entendeu de ampliar à concubina o direito de pleitear indenização pelo falecimento de seu consorte, com quem mantinha relação duradoura, à semelhança do matrimônio. Alicerçou-se, pois, na idéia de que a regra do art. 1537, inciso II, do Código Civil, não impedia a aplicação do art. 159 deste diploma legal, uma vez que não visou o legislador beneficiar somente as pessoas a quem o defunto devia alimentos, mas sim proteger também aquelas auxiliadas voluntariamente por ele e, conseqüentemente, lesadas com sua morte.

O prejuízo injustamente provocado demandaria, assim, uma remuneração por parte do causador do infortúnio, pouco importando, neste caso, o caráter puro ou impuro do concubinato.

Foi desta forma que a negativa inicial de concessão de indenização à concubina por morte de seu companheiro, constatada em alguns julgados, aos poucos cedeu à influência da doutrina, levando os juízes a uma interpretação extensiva do art. 1537, inciso II, do Código Civil, orientação que acarretou o surgimento de posteriores leis assegurando mais amplamente este benefício à amásia, culminando em parecer favorável do STF, principalmente após a Lei nº 883/49.

De fato, o Decreto nº 3724, de 1919, concedeu indenização às pessoas economicamente dependentes do contribuinte, falecido em decorrência de acidente de trabalho, inclinação seguida pelo Decreto nº 5384/43, que condicionou o direito da mulher legítima de receber a reparação à inexistência de beneficiário nomeado pelo segurado.

Da mesma forma, o Decreto-lei nº 109, de 1926, referente às caixas de aposentadorias de ferroviários, estabeleceu a responsabilidade civil das ferrovias em caso de acidente de trabalho, determinando uma paga àqueles financeiramente mantidos pelo associado.

O Decreto nº 22872/33, relativo ao Instituto dos Marítimos, assegurava a inscrição de qualquer dependente econômico do associado - ao qual caberia pagamento de pensão a partir do falecimento deste - desde que inexistisse herdeiros necessários, critério igualmente orientador do Decreto nº 24615/32, fundador do Instituto dos Bancários.

A oportunidade de inscrição de beneficiário economicamente dependente do segurado também marcou a Lei Orgânica dos Serviços Sociais no Brasil, Decreto-lei nº 7526/45.

Em 1960 surge a Lei nº 3807, conhecida como a Lei Orgânica da Previdência Social, que ao fixar o prazo de cinco anos para considerar-se a concubina beneficiária da Previdência, leva ao acolhimento do mesmo prazo por várias legislações, nas mais diversas áreas do Direito.

Seguindo fórmula semelhante, a Lei nº 4069/62 assim determinava no art. 5º, § 3º: “o servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, desquitado ou viúvo poderá destinar a pensão, se não tiver filhos capazes de receber o benefício, à pessoa que vive sob sua dependência econômica no mínimo há cinco anos e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento”.

Efetivamente, a Lei nº 4297/63, relativa aos Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões para ex-combatentes e seus dependentes, inclui, no art. 3º, letra “d”, a concubina como dependente do segurado, bastando para recebimento do benefício, a comprovada união entre eles por mais de cinco anos.

Posteriormente, o Decreto-lei nº 66, datado de 1966, estabeleceu a equiparação da concubina à mulher legítima quando ambas estivessem inscritas como dependentes preferenciais do segurado, ensejando à primeira a concessão de pensão mesmo que este último fosse casado, porém separado de fato da esposa.

A Lei nº 5316/67 e o Decreto nº 61784/67, ambos relativos ao seguro de acidente do trabalho na Previdência Social, garantiam à companheira indenização em virtude da morte do consorte em acidente do trabalho ou de transporte, se entre eles não havia impedimento para o casamento, direito este igualmente consolidado na Súmula nº 35, do STF.

As mudanças realizadas na mencionada Lei Orgânica da Previdência Social pela Lei nº 5890/73 e seu posterior Regulamento (Decreto nº 72771/73), revelaram-se no sentido de ensejar à concubina concorrer com os filhos menores do segurado, havidos ou não em comum, salvo expressa manifestação em contrário, e também com sua esposa, dele separada com ou sem desquite, mas recebendo alimentos. Evidente, portanto, a expressa possibilidade de inscrição da companheira na qualidade de dependente do segurado casado.

A Lei nº 6367/75, seguindo a orientação dos antecessores Decretos nº 3724/19 e 7036/44 - cujo parágrafo único do art. 21 prescrevia a não distinção entre os filhos de qualquer

natureza e fixava os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso existisse ou não tivesse direito ao benefício, à companheira da vítima, desde que declarada como beneficiária em vida do acidentado - consagra o pagamento de seguro por acidente do trabalho à concubina cujo sustento provia o trabalhador vitimado.

Notável importância ostentou o Decreto nº 20465/31, porque ao referir-se à “mulher” como beneficiária da Previdência Social, não apenas ampliou o campo de aplicação dos textos anteriores, que falavam somente em viúva ou esposa, como também sugeriu a adoção desta expressão por várias outras leis previdenciárias.

Os Decretos nº 73617/74 e 76022/75, que aprovaram, respectivamente, o Regulamento do Seguro de Acidente do Trabalho Rural e o Regulamento do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, referem-se ao direito da companheira mantida há mais de cinco anos pelo segurado de ser considerada sua dependente e, conseqüentemente, receber os benefícios aí previstos, apresentando-se irrelevante o estado civil do segurado.

Com o surgimento da Consolidação das Leis da Previdência Social, sob o Decreto nº 77077/76, o prazo de cinco anos de convivência marital para usufruir a concubina dos favores previdenciários incorpora-se definitivamente na legislação relativa à matéria, tal como determina o art. 13, inciso I. Do mesmo modo, o art. 14 admite a designação da companheira mesmo quando não exclusivamente dependente do segurado. Apesar da modificação substancial operada pelo Decreto nº 89313/84, o texto anterior não é alterado nestes pontos; no entanto, o § 6º, do art. 10, inova quando diz que o companheiro desempregado também é considerado dependente da companheira segurada para fins de socorro médico.

Segue-se idêntica tendência com o estabelecimento do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Lei nº 6439/77) e do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (Decreto nº 83080/79).

Assim, de acordo com os Decretos nº 77077 e 83080, a concubina tem garantido o pagamento de pensão previdenciária ao lado dos demais dependentes e na mesma proporção. Existindo cônjuge sobrevivente a quem o segurado deve alimentos, o benefício alcança o mesmo valor da prestação alimentar, e somente o que resta é dividido entre os dependentes, dentre os quais, a companheira.

Firmou-se entendimento, após certa resistência de alguns julgados, de que a inscrição da amásia podia dar-se em vida ou após a morte do segurado, neste caso a pedido da interessada, bastando a comprovação da dependência econômica (que não necessitava ser

exclusiva) e a convivência por cinco anos, prazo este dispensável quando da união estável restassem filhos.

Em concorrência com a esposa separada de fato do falecido, o prêmio seria entregue à concubina quando esta houvesse comprovado sua dependência econômica, sendo a ela concedidos os mesmos benefícios garantidos aos outros beneficiários ou dependentes. Do mesmo modo, cabia à companheira e não à viúva, ainda que inscrita pelo associado, o benefício previdenciário se esta mantivesse conduta imprópria.

A preocupação deste ramo jurídico com as uniões estáveis continua progressiva e é nesta marcha crescente de evolução que a Lei nº 6858/80 determinou a prevalência do direito dos dependentes previdenciários sobre o dos herdeiros, contrariando, pois, a ordem sucessória fixada na lei civil, para efeito de recebimento dos benefícios por ela assegurados.

Logo, comprovado o prazo quinquenal de convivência, exigido pelas leis previdenciárias, assentava-se a preferência da concubina, uma vez que a ela, enquanto dependente econômica do segurado, destinava-se o resguardo da lei.

Inegável a relevância da Consolidação das Leis Trabalhistas para esta sucessão de normas agasalhadoras das relações concubinárias, bem como do revolucionário Decreto-lei nº 7526/45, cujo art. 2º trazia os princípios sociais de proteção a todos que fossem dependentes econômicos do falecido, embora sequer tenha vigorado.

2.2.4 A posição da doutrina e da jurisprudência em relação aos efeitos patrimoniais decorrentes do concubinato

Em face da ausência de normas regulamentadoras da união estável, a jurisprudência, com apoio na doutrina, incumbiu-se de realizar a difícil tarefa de disciplinamento das alianças informais, de forma que, desde longa data vinha reconhecendo o relacionamento duradouro entre homem e mulher como suscetível de produzir resultados positivos ou negativos no mundo do Direito. Para tanto, distinguia a união estável, mediante a verificação de seus elementos caracterizadores (apontados pela doutrina, conforme depreende-se do capítulo anterior), das ligações passageiras ou meramente sexuais.

De fato, a admissão de alguns direitos em prol dos concubinos implicava sempre em analisar a relação existente entre eles, como ensina Edgar de Moura Bittencourt:

O que importa primacialmente e para tal a doutrina e jurisprudência recomendam grande rigor, - é afastar aventuras e pretensões dos concubinos entre si e deste contra terceiros, em nome de situações que, em verdade, não passam de simples mancebia. Daí a necessidade de se encararem os aspectos da união livre, que orientam aquela imprescindível distinção.⁶⁶

A urgente necessidade de resolver os litígios patrimoniais após o fim da união concubinária por morte de um dos parceiros ou por desentendimento, eis que muitas vezes os bens achavam-se todos em nome do varão, e a mulher que havia contribuído para aquisição dos mesmos não encontrava meio de receber a parte que, por justiça, lhe cabia, levou ao surgimento de duas soluções ditadas pela jurisprudência: a remuneração por serviços prestados ao companheiro e a divisão do patrimônio auferido através do esforço comum.

Considerava-se, assim, que os bens adquiridos pelos companheiros deveriam ser partilhados de acordo com a participação de cada um na formação do acervo, solução esta que abriu caminho para novas e importantes orientações, não obstante desprezasse por completo os aspectos pessoais da união, cujos efeitos eram provenientes apenas do direito obrigacional.

Alguns juízes, recusavam à concubina o direito à partilha dos bens comuns, estribando-se no cunho ilícito do concubinato e no argumento de que os serviços domésticos por ela realizados compensavam-se com encargo de sustentá-la exercido por seu consorte. Entretanto, aqueles que consideravam a união estável passível de produzir efeitos patrimoniais ganhou força, tornando-se majoritários os julgados neste sentido.

A crescente tendência de admitir a existência de uma sociedade de fato entre os concubinos, adotada por vários tribunais estaduais, baseou a edição da tão propalada Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, determinando a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, findo o concubinato.

Consagrou-se, a seguir, o entendimento jurisprudencial, inclusive sustentado pela Suprema Corte, de que o simples concubinato não geraria direito à divisão dos bens, eis que poderia haver sociedade de fato independentemente da união estável.

Logo, na hipótese de não haver um patrimônio comum, mas sim a existência de cabedais nitidamente separados, impossível, de acordo com a orientação da jurisprudência, seria a partilha, posto que ausente a constituição da sociedade de fato, elemento de indispensável comprovação para o emprego da referida Súmula.

⁶⁶ BITTENCOURT, E. de M. **Concubinato**. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1980. p. 24.

Por esta razão, a duração da união, a comunhão de vida e de interesses, a ajuda prestada pela concubina ao consorte, apresentavam-se como importantes indicadores da existência de sociedade entre eles e deviam ser cuidadosamente apreciados pelos julgadores.

A tendência que se esboçou de presumir-se a sociedade de fato não reuniu muitos adeptos, predominando a necessidade de comprovação do trabalho de ambos para aquisição ou aumento do patrimônio, pois além da mencionada possibilidade de separação total dos bens, outra questão obstaculizatória seria a grande chance de locupletamento de um dos concubinos em prejuízo do outro, ante a partilha de bens porventura adquiridos sem a participação do interessado na divisão.

Entrementes, diante da possibilidade de não formação de um acervo durante a vida concubinária, não obstante o esforço do casal neste sentido, tornou-se imprescindível amparar a concubina que, após viver anos com um homem, dedicando-se zelosamente à administração do lar, via-se economicamente - além de emocionalmente, é claro - destruída com o rompimento da relação.

O expediente utilizado pelos tribunais, marcado por evidente caráter compensatório e objetivo de impedir o enriquecimento ilícito, foi, então, a indenização por serviços prestados, objeto de inúmeras críticas por parte da doutrina.

Acerca desta criação jurisprudencial, explica João Baptista Villela:

Uma das idéias excogitadas para tornar efetiva a proteção da concubina - reconhecidamente, quase sempre, a parte fraca da relação - foi atribuir-lhe o direito à remuneração por serviços prestados. Que serviços? Não certamente o uso do corpo. A estipulação de salários como contraprestação pela posse sexual contraria a natureza mesma do concubinato, como instituição inspirada, também ele, no dom recíproco dos parceiros.

(...) Teria de ser, portanto, prestação de outra natureza. Entendeu-se que a paga se dirigia a todos os trabalhos estranhos à relação concubinária em si mesma, ainda que fosse esta o fato ocasional de sua execução. A despeito de que a solução continua a ser aplicada por tribunais, o seu caráter artificial é evidente, como já se ponderou. Artificial e artificioso. Salvo as hipóteses que configurarem uma vontade contratual de locar serviços, é manifestamente forçado presumir que a colaboração desenvolvida entre os concubinos se preste ou se receba como trabalho sujeito a indenização. Compreende-se que a construção tenha surgido. Tratava-se de buscar um expediente que amparasse a companheira, desfavorecida pela ausência absoluta de regras de Direito aplicáveis. No vazio jurídico que se abria frente a situações humanas dolorosas, achou-se inspiração e remédio na ação de "in rem verso" ...⁶⁷

⁶⁷ Op. cit., p. 19.

Não obstante destinada a orientar o rumo a ser seguido, diante do número cada vez maior de litígios envolvendo interesses patrimoniais dos concubinos, a Súmula nº 380 suscitou uma série de divergências entre os julgadores. Assim, a expressão “esforço comum” contida na referida Súmula dividiu a opinião dos magistrados quanto à necessidade ou não de concorrência financeira da concubina para assegurar-lhe a repartição do patrimônio.

Entendiam alguns juízes que tal ajuda constituía-se requisito fundamental para caracterização da sociedade de fato oriunda do concubinato e, conseqüentemente, para a divisão dos bens. Deste modo, verificando-se tão-somente a ajuda indireta por parte de um dos consortes, incluído aí o trabalho doméstico, inviável a partilha do cabedal comum, mediante aplicação da Súmula nº 380, cabendo-lhe, porém, a remuneração por serviços prestados.

Os partidários de uma corrente mais liberal, a seu turno, consideravam a tarefa doméstica uma espécie de contribuição financeira, ou seja, a concubina ao desempenhar a função de dona de casa teria propiciado mais conforto e segurança para o desenvolvimento laborativo de seu companheiro, possibilitando, assim, o aumento das economias do casal, razão pela qual defendiam a divisão dos bens.

A discussão perdurou por vários anos e segregou a jurisprudência, encontrando-se decisões em ambos os sentidos nos diversos tribunais estaduais. A modificação somente fez sentir-se em julgados mais recentes, que passaram a considerar o trabalho, notadamente o doméstico, como suscetível de propiciar o partilhamento dos bens, eis que verificável também nestes casos a ajuda econômica desempenhada por um dos concubinos.

Outra questão que suscitou discrepância entre os doutrinadores e originou pareceres diversificados em nível jurisprudencial referia-se à aplicação da Súmula nº 380 aos concubinos casados e separados de fato dos cônjuges.

Várias decisões recentes pronunciaram-se no sentido de fazer incidir a Súmula nº 380 unicamente ao concubinato de pessoas sem impedimento matrimonial, o que afastaria a partilha dos bens, finda a sociedade concubinária, o fato de ser um dos companheiros casados.

Porém o número de julgados com orientação oposta, bem como a manifestação favorável dos doutrinadores cresceu ao longo dos anos, pois, conforme observado anteriormente, a situação delicada destes casais e o aumento de uniões desta espécie sensibilizou a jurisprudência e mereceu a consideração dos mais diversos autores. Analisando

tais relacionamentos e verificando a injustiça que seria deixar seus membros ao desamparo, os tribunais passaram a deferir-lhes algumas pretensões.

A doutrina, com o tempo, posicionou-se, na sua grande maioria, no sentido de reconhecer a partilha do patrimônio entre o concubino casado e separado de fato de sua amásia, nada cabendo à mulher legítima, eis que não colaborou na aquisição dos bens. Argumentou-se que a afeição, a comunhão de vida e conjugação de interesses não mais existiriam na relação desfeita, e que o dever de fidelidade dos cônjuges implicaria vida em comum entre eles.

Diante da progressiva flexibilização da doutrina e da jurisprudência, crescentes tornaram-se os avanços constatados em favor dos companheiros nestes ramos jurídicos. Efetivamente, possibilitou-se ao concubino optar pela alternativa financeiramente mais vantajosa na hipótese de haver patrimônio a ser repartido após o rompimento da união estável: pleitear a indenização por serviços prestados ao invés de dar entrada em ação de dissolução de sociedade de fato com pedido de partilha - caminho comumente utilizado nestes casos.

Neste sentido, explica Arnaldo Rizzardo:

Nada impede que se peça a indenização mesmo havendo bens, ao invés da partilha, embora cada um dos pedidos tenha objeto próprio, ou seja, na dissolução a concubina postula o recebimento de sua quota-parte nos bens e direitos adquiridos e consolidados com a sua cooperação física e moral, e na indenização busca a restituição, em forma reparatória, dos trabalhos identificados e exercidos por ela em benefício da pessoa do concubino.⁶⁸

Esta margem de escolha oportunizava ao juiz, inclusive, determinar a indenização quando não houvesse uma opção por parte do concubino (desde que não restasse comprovada sua participação na aquisição dos bens), como também cumpria-lhe decidir pelo deferimento de um direito ou outro, de acordo com a prova produzida, em havendo pedidos alternativos. Cabível, ainda, a concessão da remuneração mesmo quando a ação objetivasse a partilha. Tornava-se, porém, inexequível, dois requerimentos cumulativamente.

Reconhecido o direito à partilha, após efetiva demonstração da ajuda pessoal para aquisição do acervo, necessário estabelecer o *quantum* a ser atribuído a cada uma das partes, o que normalmente fazia-se na própria sentença declaratória da sociedade de fato, seguindo-se, então, a liquidação.

⁶⁸ RIZZARDO, A. *Casamento e Concubinato - Efeitos Patrimoniais*. Rio de Janeiro: Aide, 1985. p. 165.

Na maior parte das vezes, face à ausência de um regime de bens, fixava-se uma meação aos concubinos, como se procede na comunhão parcial de bens.

Todavia, desenvolvendo ambos os parceiros atividades remuneradas distintas, o aquinhoamento do patrimônio precedia de averiguação ainda mais cuidadosa acerca do esforço comprovado para obtenção das riquezas materiais, bem como as despesas efetuadas por cada concubino. Evidenciada igual colaboração econômica mútua, após análise dos gastos familiares de cada um, determinava-se uma divisão em partes iguais, mas esta não era a regra a ser seguida, cabendo ao julgador analisar o caso concreto, sempre atento à necessária proporção entre os trabalhos desempenhados pelo consorte e a quantia a lhe ser destinada.

A repartição do patrimônio, finda a sociedade concubinária, atingia unicamente os bens adquiridos durante a vida em comum, de modo a excluir aqueles provenientes de herança ou doação e, portanto, de propriedade exclusiva de um dos concubinos. Ainda assim, se o trabalho de um dos consortes houvesse acarretado a valorização deste bem, mister fazia-se atribuir-lhe a quota relativa ao acréscimo efetuado. As circunstâncias da aquisição, porém, deveriam ser examinadas, pois possível ter-se dado mediante valores comuns.

No tocante ao valor da indenização por serviços prestados durante o concubinato, a jurisprudência delimitou como base para avaliação desta quantia a ser paga o salário mínimo vigente à época do levantamento do cálculo de liquidação de sentença, acrescido, ainda, de correção monetária.

Alguns doutrinadores, como Arnaldo Rizzardo, afirmaram que a importância desta remuneração não podia ultrapassar a metade de todo o patrimônio, “posto que se no casamento o cônjuge tem aí cingido o seu quinhão, não é coerente um tratamento mais favorável àquele que não é casado.”⁶⁹. Opondo-se a este raciocínio situaram-se, a exemplo, Adahyl Lourenço Dias e Edgar de Moura Bittencourt, para os quais a indenização devia atingir quantos ou mais bens fossem necessários para compensar o trabalho desenvolvido pela concubina, alcançando, se preciso, a meação.

Contudo, a estipulação da quantia a ser paga adequava-se, logicamente, à situação *sub judice*, isto é, “certos fatores poderão modificar o valor, como quando a concubina aufere aposentadoria ou pensão, máxime se os benefícios decorrem de providências do companheiro (...) Outrossim, as liberalidades não excluem a remuneração. Podem, no entanto, pesar no momento da fixação.”⁷⁰

⁶⁹ Op. cit., p. 200.

⁷⁰ Op. cit., p. 197.

A par da indenização por serviços prestados, alguns doutrinadores, embasados no art. 159 do Código Civil, defendiam, ainda, a possibilidade de reparação pelos danos decorrentes da cessação do concubinato à concubina quando ela, sem ter dado causa à separação, encontrava-se extremamente prejudicada com o rompimento da relação, merecendo, pois, uma garantia econômica até assentar-se financeiramente.

Explana sobre o assunto Caio Mário da Silva Pereira:

Tem-se, entretanto, reconhecido direito à reparação, quando ocorre o rompimento abusivo, quando o amásio havia prometido casamento à amante, quando ocorrera a sedução dela, ou mesmo se se trata de assegurar a velhice da antiga amante deixada numa fase da vida em que não mais teria possibilidade de angariar a subsistência pelo trabalho. Haveria aqui uma obrigação natural, convertida em obrigação civil, baseando-se o ressarcimento não na ruptura em si, das relações, porém nas circunstâncias que a revestem.⁷¹

Mesmo a doação entre concubinos mereceu a complacência da jurisprudência, que a aceitou quando revestida de cunho remuneratório, consoante dispõe o art. 1167 do diploma civil, ou seja, comprovada a intenção de indenizar o consorte por seus serviços prestados ao lar concubinário, admitia-se a liberalidade, conquanto limitada à quantia necessária para compensar os serviços prestados, pois se excedente, possível fazia-se anulação.

Igualmente, vinha-se negando pedido de nulidade de doação efetuado pelo homem casado à concubina no caso de ter a requerente abandonado o cônjuge para amasiar-se a outro homem.

Do mesmo modo, havendo separação de fato prolongada do concubino, o seguro de vida por ele efetivado em benefício da companheira estava sendo reiteradamente concedido pelos tribunais, não obstante a proibição da lei civil, desde que verificado o caráter honroso da relação e o intuito do concubino de compensar a dedicação de sua amásia.

Leciona Adahyl Lourenço Dias:

Inibida a concubina de receber doação de homem casado, também está impossibilitada de se tornar beneficiária de seguro de vida (...). A regra, aparentemente rígida, comporta exceção, quer no que tange ao seguro de vida, quer quanto à doação ou legado testamentário. É o caso do segurado, não obstante casado, abandonado pela esposa adúltera, esta levando vida livre, em lupanar, ou amasiada com outro homem.⁷²

⁷¹ PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 33.

⁷² Op. cit., p. 173.

2.2.5 A pretensão alimentar no concubinato

Em matéria de alimentos, os vários pedidos ajuizados pelos concubinos não obtinham êxito, embasando-se as decisões na ausência de parentesco ou vínculo conjugal, únicos casos geradores de obrigação alimentar. Do mesmo modo, a doutrina contestava o direito alimentar, existindo poucos autores defensores de tal pretensão em decorrência de união concubinária.

Acerca do direito a alimentos, explica Basílio de Oliveira:

Todos os julgados da corrente majoritária contrária ao direito em tela se lastreiam nos mesmos fundamentos, uma vez partindo invariavelmente da premissa maior de que tal direito se rege pelos princípios gerais que disciplinam o contrato, subordinado ao direito obrigacional, de caráter privado, e não pelas normas de Direito de Família, de ordem pública.

Eis em resumo os fundamentos da jurisprudência ainda vigente contrária à pretensão alimentar entre companheiros:

- a) falta de previsão legal, por inexistência de dispositivo de lei que ampare a pretensão;
- b) alimentos são concedidos somente em razão de consaguinidade - *ius sanguinis* - ou do matrimônio;
- c) o pressuposto da pretensão alimentar entre os cônjuges é o casamento legal, não se estendendo aos participantes da união livre ou da convivência *more uxorio* estável;
- d) alimentos são instituto típico do direito parental, ou de proteção entre cônjuges;
- e) logo, a via jurisdicional acha-se obstruída pela impossibilidade jurídica do pedido.⁷³

Igualmente, tendia ao fracasso a tentativa de homologação judicial de contrato de dissolução de sociedade de fato com requerimento de pensão alimentícia.

Somente concedia-se alimentos quando houvesse prévio contrato a respeito, o que configurava execução contratual, com reflexos no âmbito obrigacional, diferindo substancialmente, portanto, do pagamento de pensão alimentícia. Logo, mesmo que houvesse prestação voluntária dos alimentos durante toda a relação estável, não aceitavam os tribunais, por se tratar de mera liberalidade ou obrigação moral, conceder a permanência do direito finda a união; todavia, havendo documento escrito comprovando a promessa alimentar, acatou a jurisprudência a desnecessidade de homologação judicial, bastando o interessado ingressar em juízo com ação de cobrança para obter a paga assegurada pelo ex-concubino.

⁷³ OLIVEIRA, J. F. B. de. *O Concubinato e a Constituição Atual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 92-93.

Assim, até o advento da Carta Constitucional de 1988, as pretensões alimentares continuaram sendo reiteradamente negadas e o direito alimentar entre os concubinos disciplinava-se pelas normas do Direito Obrigacional, de forma que as indenizações por serviços prestados permaneceram a alternativa para solução da questão, embora houvesse alguns poucos doutrinadores e decisões isoladas - posto que a grande maioria, incluindo aí juristas renomados, pronunciaram-se contra o direito alimentar - defendendo a concessão de alimentos no concubinato, entendendo necessária a proteção da mulher que por anos dedicou-se ao concubino e, portanto, não poderia sair da relação totalmente desamparada.

2.2.6 Direitos sucessórios

A questão sucessória, em se tratando de relação concubinária, também foi apreciada pelos tribunais, como explica Adahyl Lourenço Dias:

... A separação por morte do concubinário é a mais comum. Esta última termina quase sempre em ação judicial. Ou os herdeiros se recusam a indenizar a concubina, e esta se vê compelida a usar da ação, ou na falta de sucessores que representem a herança em juízo, e que possam receber a citação em nome do espólio, se vê a concubina nas mesmas condições obrigada a suplicar, via de ação, o reconhecimento de seu crédito.⁷⁴

O posicionamento dominante na jurisprudência não permitia o ingresso da concubina no inventário para receber parte da herança, a menos que todos os herdeiros consentissem, pois a demonstração de sua condição de meeira deveria efetuar-se antecipadamente através de ação própria.

Uma vez reconhecida a sociedade de fato entre os concubinos, possível fazia-se a participação do amásio no inventário do falecido, figurando como administrador provisório do espólio, com fulcro nos arts. 985, 986 e 987 do Código de Processo Civil.

Assim sendo, mister é destacar a opinião de Arnaldo Rizzardo:

Quanto ao concubino sobrevivente, restou admitido que ele pode ser contemplado nos autos do inventário se os herdeiros aquiesceram, mas através de uma cessão de direitos hereditários, correspondentemente à metade ou outra porção da patrimônio deixado, visto que a sua pessoa é estranha entre os contemplados pela lei. Assim, incidirá o imposto de transmissão sobre tal quinhão.

⁷⁴ Op. cit., p. 136.

Entretanto, necessário se averigüe o título embaixador, que reveste o concubino na qualidade de proprietário.

(...) Constatando-se o domínio comum pela vida concubinária, dentro dos moldes já salientados, não incide a exigência do imposto de transmissão 'causa mortis' sobre a parte atribuída ao consorte sobrevivente no processo do inventário, e nada impedindo que se proceda a regularização da transferência dominial nos próprios autos.⁷⁵

De outra parte, a instituição de disposição testamentária de homem casado em benefício de sua concubina veio, aos poucos, sendo acatada pelos tribunais por força dos mesmos motivos que possibilitavam a doação e o seguro de vida entre os partícipes de uma união estável, ou seja, entendiam alguns julgados que a proibição da lei civil dirigia-se unicamente à amante, mas não à companheira do homem casado e separado de fato que com ela constituía família respeitada, afigurando-se viável, assim, a sua nomeação como herdeira ou legatária.

Com relação à admissão da instituição de legado em prol da concubina, explica Irineu Antonio Pedrotti:

Há um certo antagonismo entre o art. 1.719 e os arts. 248, inc. IV, e 1.777, do Código Civil, haja vista que, de acordo com os dois últimos, a doação do marido à concubina, ou mesmo a (doação) do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, somente podem ter no pólo ativo da ação anulatória o outro cônjuge ou seus herdeiros necessários, no prazo de 02 anos depois da dissolução da sociedade conjugal. Com efeito, na forma do art. 1.719, inc. III, c.c. art. 1.720, o legado feito pelo testador casado à sua concubina é nulo. Mas a razão da proibição nos dois casos, sem dúvida, é uma só: o interesse patrimonial do outro cônjuge ou de seus herdeiros necessários. Conclusão efetivamente racional seria que a nulidade incidente de legado à concubina fosse considerada relativa, podendo ser argüida pela viúva ou pelos herdeiros necessários, pela mesma razão que estabelece uma nulidade relativa no caso de doação do marido à concubina.⁷⁶

2.2.7 A utilização das medidas cautelares pelos concubinos

No âmbito do progressivo reconhecimento de direitos e em razão da ampliação dos instrumentos processuais aos companheiros, configurou-se a utilização das medidas cautelares pelos membros de uma união estável outra tema bastante controvertido e polêmico, havendo

⁷⁵ Op. cit., p. 189-190.

⁷⁶ Op. cit., p. 222.

uma multiplicidade de julgados tanto favoráveis quanto contrários à concessão das cautelas aos componentes do concubinato.

A reserva de bens, de acordo com a corrente majoritária, não era admitida porque cabível somente a herdeiro excluído, apresentando-se a concubina como mera interveniente, embora alguns juízes, seguindo a opinião da doutrina, deferissem a cautela como único meio de assegurar o montante da consorte até o reconhecimento de seu direito. No mesmo sentido apresentou-se a viabilidade de utilizar-se a companheira de cautelar de arrolamento de bens.

Com relação à possibilidade de valer-se a concubina da medida cautelar de separação de corpos para afastar do lar concubinário o companheiro violento, conforme previsão do art. 888, inciso VI, do Código de Processo Civil, igualmente dissonantes mostraram-se os entendimentos: uma corrente da jurisprudência entendia cabível, em casos como estes, a concessão de medida cautelar inominada, outros asseveraram que nem mesmo a tutela atípica aplicar-se-ia à união estável em face da liberdade de dissolução inerente ao concubinato, aceitando-a unicamente aplicável aos parceiros unidos por vínculo conjugal.

Apresenta-se relevante, neste tema, a inteligência de Jorge Franklin Alves Felipe:

Não nos parece, contudo, que a cautelar de separação de corpos seja privativa do direito de família e vise, apenas, a impedir a caracterização do abandono do lar conjugal. Se a todo direito material se assegura um meio processual à sua satisfação, certo se afigura que, entre concubinos, em caso de divergência, um tenha o direito de permanecer no lar e, o outro, o dever de sair.⁷⁷

Com o advento da Constituição de 1988 novos horizontes abriram-se para os relacionamentos constituídos sem a aprovação expressa do Direito Oficial, iniciando-se um período de grandes expectativas e conseqüentes conquistas para os componentes das relações concubinárias, a começar pela eliminação de antigas controvérsias jurisprudenciais mediante a uniformização dos julgados no sentido de reconhecer direitos - até então negados - aos concubinos, como relata José Abreu Filho:

De 1977 para a frente, com a aplicação diuturna da lei divorcista pelos juízes e tribunais, desmascarou-se a propalada derrocada da família, que era o carro-chefe dos que se opunham à adoção do instituto em nossa legislação, verificando-se, com o auxílio da estatística, que os propalados temores não teriam a menor justificativa. Essa realidade animou os legisladores constitucionais de

⁷⁷ FELIPE, J. F. A. Novos Rumos para o Concubinato. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 327, p. 294, jul./set. 1994.

1988 a adotarem uma postura mais liberal, que a sociedade e a experiência recomendavam. E a Constituição de 1988, no que respeita ao direito de família, veio cheia de justas inovações, que são credoras dos aplausos gerais. Dentre tais medidas, podemos destacar o novo conceito de família, que extrapola da que emerge, exclusivamente do casamento ...⁷⁸

Somente no ano de 1988 o legislador, dotado de uma visão mais realista, percebeu a necessidade de amparar as pessoas unidas por mero vínculo de fato, afastando, assim, o rigor da legitimidade da relação entre homem e mulher presente no regulamento civil brasileiro e defendido, até então, por todas Constituições Federais.

O diploma constitucional atual, especificamente no que tange ao Direito de Família, foi revolucionário ao alterar toda uma estrutura jurídica marcadamente aristocrática e discriminatória há muito consolidada, incorporando ao seu texto determinados aspectos de uma realidade social pulsante que exigia a revisão de preceitos legais ultrapassados e dissonantes em face do contexto histórico moderno, tornando ainda mais urgente a harmonização das leis civis ao novo paradigma familiar por ela estabelecido, daí porque simples compreender a importância de tal normatização para os membros da união estável.

A modificação operada no âmbito dos relacionamentos livres pela vigente Carta Magna, bem como as leis ordinárias que vieram posteriormente regular o dispositivo constitucional consistem o próximo tema a ser estudado.

⁷⁸ ABREU FILHO, J. O Direito de Família e a Nova Constituição. **Bahia Forense: legislação, doutrina e jurisprudência**, Salvador, v. 33, p. 35, jul./dez. 1990.

CAPÍTULO 3

O ATUAL “STATUS” JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Os direitos dos concubinos com a nova Carta Constitucional, em nível doutrinário e jurisprudencial

A realidade inescandível das uniões estáveis levou o legislador constituinte de 1988 a romper, embora tardiamente, com a antiga tradição do direito brasileiro de reconhecer, em todas as suas Constituições, apenas o casamento como forma eficaz de constituição familiar.

O esforço exercido pela jurisprudência no sentido de amparar as relações concubinárias, bem como as leis que abriram caminho para o favorecimento dos concubinos, e a contribuição fornecida pela doutrina, inspiraram a redação da Carta Magna vigente, cujas disposições representam a mais significativa etapa da evolução do concubinato no Brasil.

3.1.1 Interpretação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal: aplicação e alcance do dispositivo constitucional

A família, concebida em sua acepção mais ampla pela norma constitucional, e encarada como organismo natural e sociológico que é, mereceu a proteção jurídica independentemente da maneira pela qual tenha se originado, o que importou em respeito ao núcleo familiar de fato enquanto um todo e não isoladamente a cada um de seus membros, como verifica-se até então.

Todavia, o que significou para a maioria dos estudiosos a vitória dos princípios humanitários, após anos de discriminações e desprezo aos relacionamentos concubinários,

meramente obrigacionais às uniões estáveis, estribando-se no argumento de que o termo “entidade familiar” empregado pela norma constitucional não abrangeria tais enlaces, ao passo que outros manifestaram franca oposição à legalização do concubinato promovida pela Lei Maior, como depreende-se das palavras de Áurea Pimentel Pereira:

... não se pode alcançar como pode o legislador constituinte reconhecer na simples união, posto que estável do homem e da mulher sem a presença de filhos - ausente, portanto, qualquer idéia de parentesco, - a existência de uma entidade familiar, e o que é mais grave, declarar que a tal união o Estado deva outorgar a mesma proteção a que está a merecer a família legítima, olvidando que o concubinato, por constituir fato fora da lei, não pode interessar à ordem jurídica.⁷⁹

As opiniões contrárias, contudo, não bastaram para afastar a valia da atual Carta Magna que, sensível à dinâmica da vida humana e atenta à necessidade de adaptação das normas jurídicas à nova realidade, corrigiu o tratamento intolerante dispensado aos relacionamentos concubinários, e inferiu da importância de resguardar também os seus integrantes, assim prescrevendo em seu art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Não obstante este expresso reconhecimento do concubinato - prudentemente denominado união estável, já que o termo concubinato adquiriu, como visto, uma certa carga negativa - a regra constitucional não conseguiu pôr fim às discussões doutrinárias envolvendo o tema, principalmente porque a Constituição, enquanto diploma legal destinado a fixar apenas princípios gerais, deixou clara a exigência de posterior regulamentação do dispositivo citado.

Pode-se dizer, pois, que a legalização das uniões estáveis promovida pela Carta Magna de 1988 eliminou o estigma deixado pelo Código Civil de 1916 e pelas demais Constituições brasileiras, afastando antigos posicionamentos que negavam qualquer efeito jurídico ao concubinato por considerá-lo ligação indigna de amparo estatal, de modo que muitas das questões que há anos habitavam os pretórios e roubavam a atenção da doutrina foram abandonadas; no entanto, outras indagações, oriundas do texto constitucional, tornaram-se, igualmente, objeto de estudo por parte dos juristas.

⁷⁹ PEREIRA, A. P. *A Nova Constituição e o Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 31.

Ademais, a ausência de legislação ordinária acerca da matéria, tratando de alguns assuntos fundamentais como a questão alimentícia, sucessão, direitos e deveres entre os concubinos, constituiu-se no maior entrave à ampla admissão de efeitos jurídicos ao concubinato, e, conseqüentemente, à integral proteção desta entidade familiar.

Baseando-se na imprescindibilidade de lei disciplinadora dos relacionamentos livres, cuja função seria estabelecer precisamente a noção de união estável e fixar quais os efeitos dela decorrentes no âmbito do Direito de Família, parte da doutrina entendeu não ser o art. 226, § 3º, auto-aplicável.

Seguindo tal orientação, menciona Francisco José Cahali o posicionamento de Eduardo de Oliveira Leite no sentido de que “a norma constitucional constante do art. 226, § 3º, não é auto-aplicável, ou seja, é de eficácia limitada, dependendo de regulamentação posterior a ser procedida pelo legislador ordinário.”⁸⁰

Inteligência diversa sustentou Irineu Antonio Pedrotti ao considerar de aplicação imediata o preceito constitucional, pois, mesmo que à lei infraconstitucional cumpra estabelecer os direitos e deveres decorrentes do concubinato “não se afigura de boa técnica a não admissibilidade formal da união estável desde a vigência da Constituição porque a regra jurídica (constitucional) traz em si uma eficácia contida diante da realidade nacional.”⁸¹

Argumentando a favor do imediato emprego da regra assente na Lei Maior, muito embora acreditando necessário, para sua perfeita aplicação, o futuro esclarecimento mediante uma legislação, os autores defensores deste ponto de vista entenderam “de toda conveniência que a lei defina o que venha a ser a ‘união estável’, mas, nem por isso, o dispositivo constitucional, a nosso ver, deixará de ser auto-aplicável. A definição, na ausência legal, pode e deve ser estabelecida pela doutrina e pela jurisprudência”⁸², ou ainda, que “não precisa o Judiciário aguardar lei regulamentadora para definir os requisitos da união estável, como nunca esperou para elaborar a sistemática do concubinato.”⁸³

Neste sentido, merecem destaque as observações traçadas por Basílio de Oliveira:

... concluímos que os princípios sufragados pelos §§ 3º e 4º do art. 226 da Constituição, que instituíram a entidade familiar, são auto-aplicáveis.

⁸⁰ CAHALI, F. J. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20.

⁸¹ PEDROTTI, I. A. *Concubinato - União Estável*. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995. p. 29.

⁸² FELIPE, J. F. A. A Nova Constituição e seus Reflexos no Direito de Família. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 304, p. 97, out./dez. 1988.

⁸³ PEREIRA, S. G. Direito de Família na Nova Constituição - algumas questões. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 151, p. 6, maio 1990.

E isto significa que o concubinato estável passou de imediato a ser reconhecido como entidade familiar, cuja proteção o Estado se obrigou a partir da promulgação da nova Carta, do mesmo modo que passaram a incidir também as demais normas de Direito de Família.

Tanto isso é verdade que os novos princípios foram imediatamente aplicados aos casos concretos em andamento nos Juízos de Família sem qualquer questionamento jurisprudencial, como, v.g., as novas regras concessivas do divórcio, da separação e de sua conversão em divórcio (art. 226, § 6º), o princípio de reciprocidade de direitos e deveres dos cônjuges no casamento (art. 226, § 5º), a isonomia de direitos entre os filhos de qualquer origem, permitindo o reconhecimento dos espúrios (adulterinos e incestuosos) na constância do casamento (art. 227, § 6º).⁸⁴

De fato, há muito a jurisprudência, alicerçada na opinião dos doutrinadores, determinou certos elementos caracterizadores e identificadores das uniões estáveis (matéria já desenvolvida no capítulo primeiro), por vezes de grande relevância para concessão de alguns benefícios aos seus membros, mostrando-se útil valer-se da orientação pretoriana consagrada, enquanto não editada a tão esperada legislação infraconstitucional, posto que injusto seria negar incidência ao art. 226, § 3º, durante todo o tempo precedente ao surgimento desta.

Outrossim, a falta de uma determinação do conceito de união estável igualmente gerou polêmica na doutrina e dissensão entre os julgadores quanto ao alcance da expressão, ou seja, a quais espécies de relações entre pessoas de sexo diferente poder-se-ia aplicar o artigo constitucional, mormente ante a ausência de expressa exigência de vida em comum, comunhão de interesses ou conjugação de objetivos entre os parceiros, segundo leciona Américo Luís Martins da Silva:

O § 3º do art. 226 da Constituição Federal brasileira pode ser interpretado de duas maneiras. Na primeira, o legislador constituinte reconheceu, para efeito de proteção do Estado, todas as uniões entre homens e mulheres que se mostrarem efetivamente estáveis e recomendou ao legislador ordinário que facilitasse a conversão das uniões estáveis em casamento, obviamente apenas aquelas contra as quais não pesassem impedimentos matrimoniais já previstos na legislação civil. A segunda interpretação diz respeito à hipótese de o legislador constituinte ter reconhecido como estáveis, para efeito da proteção do Estado, apenas aquelas uniões livres entre homens e mulheres que, não havendo impedimentos matrimoniais, pudessem ser convertidas em casamento. Essa última

⁸⁴ OLIVEIRA, J. F. B. de. *O Concubinato e a Constituição Atual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 37.

hipótese, inclusive, revelaria uma impropriedade do Constituinte, ou melhor, uma utilização equivocada do termo “estável”.⁸⁵

Autores consagrados entenderam que a Constituição, ao dispor sobre o concubinato, não visou abarcá-lo em sua modalidade incestuosa ou adúltera, reconhecendo tão-somente a aliança concubinária pura como modo de constituição de família. Assim, continuou a vigorar a orientação jurisprudencial e doutrinária de que ambas as relações são consideradas atentatórias à moral e aos bons costumes e, portanto, o Direito não pode estender-lhes proteção, ao passo que a situação de aparente matrimônio, como sendo o enlace prolongado e notório, caracterizado pela mútua fidelidade, permaneceu como noção básica de união estável entre homem e mulher, conforme há tempo firmado pelos tribunais.

Todavia, as discrepâncias em torno desta questão ainda persistem, como no caso de companheiro que, embora casado, encontra-se separado de fato do antigo cônjuge há vários anos, hipótese que já dividia as opiniões dos juízes e doutrinadores relativamente à incidência, nestes casos, da Súmula nº 380 do STF.

Cumpra salientar o entendimento de Jorge Franklin Alves Felipe em torno deste assunto:

A disciplina que o legislador ordinário pretenda dar à união estável, de forma a ajustá-la à nossa realidade social, depende, substancialmente, da interpretação que se dê ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal (...)

Redimimo-nos do ponto de vista rigorista que adotamos após a promulgação da Constituição de 1.988, entendo, hoje, que havendo separação de fato, tal circunstância não impede o reconhecimento da união estável, uma vez que, se a separação de fato leva à possibilidade do divórcio e com esse, se permite novo casamento, a lei poderia, pois, facilitar a conversão em casamento, também das pessoas casadas, porém separadas de fato, especialmente quando o decurso do prazo de separação é superior a dois anos.⁸⁶

Semelhante posicionamento adotou a maioria da doutrina, para a qual o dispositivo constitucional abraçou as relações informais constituídas após a separação de fato prolongada do concubino, tal como o fazia a jurisprudência anteriormente à Constituição, no tocante ao reconhecimento de alguns direitos aos componentes de tal conjuntura, orientação esta que se reforçou diante dos novos postulados legais.

⁸⁵ SILVA, A. L. M. da. *A Evolução do Direito e a Realidade das Uniões Sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 243-244.

⁸⁶ Op. cit., p. 293.

Prevendo expressamente a necessidade de a legislação ordinária dispor sobre a conversão da união estável em casamento, os pareceres dos estudiosos e dos julgadores mostraram-se praticamente unânimes em explicitar que a Carta de 1988, embora haja incluído o concubinato dentre os institutos de Direito de Família, manteve claramente a distinção entre o matrimônio e a união informal, exceção feita a alguns julgados, que ao decidirem sobre determinadas questões relativas aos enlaces livres consignaram sua equiparação ao casamento, tese igualmente acatada por pequena parcela da doutrina.

Em verdade, o casamento - que permanece a instituição-base do núcleo familiar - constitui ato jurídico, envolve uma série de formalidades para sua formação e desfazimento e possui seus efeitos disciplinados no Código Civil, ao passo que a relação concubinária, ainda que muito longa ou altamente estável, caracteriza-se pela liberdade dos conviventes, dispensando qualquer exigência formal para estabelecer-se ou extinguir-se e cujas consequências jurídicas não se encontram na lei civil.

Sílvio Rodrigues explica com clareza a distinção entre estas duas espécies de uniões existentes no cenário social brasileiro, mesmo após a consagração constitucional dos relacionamentos livres:

Sendo a união estável instituto de natureza diversa do casamento, o fato de a Constituição tê-la declarado entidade familiar não implica que se apliquem a ela todos os efeitos daquele. Os direitos e deveres derivados do matrimônio, constantes do art. 231 do Código Civil, não se estendem aos concubinos. A desobediência, por um dos cônjuges, de alguns desses deveres, abre para seu consorte as portas do pretório, para que este ajuíze, se quiser, a ação de desquite litigioso (...) Não há ação para se obter a extinção do concubinato.⁸⁷

3.1.2 A competência para julgamento das causas relativas à união estável em face do art. 226, § 3º, da Constituição

Após a previsão constitucional, o problema da competência para apreciar pedidos envolvendo a relação concubinária tornou-se um dos temas amplamente discutidos pela jurisprudência e fartamente examinado pelos doutrinadores, ou seja, ante o art. 226, § 3º, questionaram-se os juristas se tal tarefa incumbia às Varas Cíveis - até então apreciadoras dos litígios relativos às uniões estáveis, posto que seus efeitos eram reconhecidos apenas no âmbito

⁸⁷ RODRIGUES, S. **Direito Civil**. Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 260.

do Direito Obrigacional - ou às Varas de Família, já que o dispositivo em tela estendeu-lhes proteção como entidade familiar.

As orientações apresentaram-se em ambos os sentidos: para alguns a competência deveria permanecer com as Varas Cíveis, sendo que julgados existiam sustentando a transferência desta atribuição para as Varas de Família em face da nova disciplina dada pelo legislador constituinte.

Favoráveis ao alargamento da competência das Varas de Família para julgarem ações relativas a uniões estáveis mediante disposição normativa local ou lei complementar reguladora do preceito constitucional, Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim assim apontaram as razões de seus posicionamentos:

Ressalva-se, ademais, a indubitosa competência do Juízo especializado em assuntos de família para processar e julgar as ações concubinárias em que não se discuta mera repartição de patrimônio, mas questões relativas àquele campo de atuação jurídica, como a guarda de filhos, visitação, alimentos, investigação de paternidade, disposições testamentárias em favor de concubina e sua prole, disputa de herança, etc. O mesmo se diga para as eventuais futuras ações de conversão de união estável em casamento, dependente de lei complementar, conforme previsto na segunda parte do art. 226, § 3º, da Constituição Federal.⁸⁸

A alta indagação provocada em torno do assunto levou a Justiça do Rio Grande do Sul a instituir Súmula a respeito, fixando a competência da Vara de Família para as ações oriundas da união estável. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua vez, decidiu, no Pedido de Uniformização de Jurisprudência nº 32, de 1994, que à Vara de Família, Órfãos e Sucessões caberia julgar e processar os feitos decorrentes das relações estáveis.

Não obstante verificar-se tal tendência em alguns tribunais estaduais, não saiu ela vitoriosa, persistindo a inteligência de que a matéria estaria afeta à apreciação dos juízes cíveis pelo fato de não se tratar de “questão de estado”, isto é, a união estável, embora elevada à categoria de entidade familiar, não provocou qualquer alteração na condição jurídica ou no estado civil do casal concubinário, como decorre do casamento, existindo diversas decisões neste sentido.

⁸⁸ OLIVEIRA, E. B. de, AMORIM, S. L. Concubinato, Companheiros: Novos Rumos. In: ALVIM, T. A. (Coord.). **Repertório de Jurisprudência e Doutrina Sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 95.

Em direção oposta situou-se Rodrigo da Cunha Pereira, defensor da competência dos juízos especializados para tratar das questões sobre concubinato, posto que constitucionalmente inseridas, segundo seu entendimento, no âmbito Direito de Família:

Certamente a força da inércia faz, infelizmente, com que grande parte dos juízes, acostumados a julgar os fatos sob a ótica da lei anterior, continuem a fazê-lo sem atentar para as novas regras (...) Apesar da clareza da Constituição de 88, trazem sempre o argumento de que o instituto não foi equiparado ao casamento. Parece-nos uma visão retrógrada e equivocada. A questão não é de equiparação ou igualização de um instituto ao outro, pois isto seria a eliminação ou a negação da existência do concubinato. Não se trata disso. O que o texto constitucional veio dizer, rompendo um preconceito legal, e que esta corrente parece não entender, é que embora não se equipare ao matrimônio, o concubinato é uma espécie do gênero família, assim como o matrimônio.⁸⁹

3.1.3 A questão alimentar após o diploma constitucional vigente

O estudo da pretensão alimentícia entre concubinos, tornou-se, com a atual Constituição, ainda mais controvertido, eis que, se anteriormente ao regramento constitucional da união estável o assunto já vinha merecendo a análise doutrinária e jurisprudencial, em face da nova realidade destes relacionamentos, outras concepções desenvolveram-se acerca da questão.

Conforme descrito no capítulo anterior, o direito alimentar como consequência do concubinato nunca foi aceito pelos tribunais e na mesma direção apresentavam-se os pareceres dos autores. Todavia, a norma constante no § 3º, do art. 226, da CF, provocou repercussões também neste particular, modificando o rigorismo presente nas decisões sobre o assunto.

Sérgio Gischkow Pereira, sob o tópico “União Estável e Alimentos”, analisa especificamente o problema e assim expõe suas conclusões:

... cogita-se de saber se concubinos podem agora pleitear alimentos. Penso deva ser afirmativa a resposta. Com efeito, se o concubinato, cognominado união estável, é guindado ao prestígio da normatividade constitucional, se deve ser protegido pelo Estado, se é considerado como entidade familiar, se a lei deve facilitar sua conversão em casamento, não é razoável (...) e coerente se negue ao concubino a possibilidade de postular alimentos, relevantíssimos que são à vida e à vida com dignidade.⁹⁰

⁸⁹ PEREIRA, R. da C. *Concubinato e União Estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 113-114.

⁹⁰ Op. cit., p. 6.

Yussef Said Cahali, *apud* Francisco José Cahali, posicionou-se contrário ao direito alimentar nas uniões de fato mesmo após a Carta Magna de 1988, sustentando que, em razão de ter sido mantida a distinção entre a relação estável e o casamento, permaneceria válido o entendimento firmado antes do advento Constituição vigente, não se aplicando, portanto, os direitos e deveres matrimoniais aos simples companheiros.⁹¹

A par de toda a discrepância doutrinária, no âmbito da obrigação alimentar de grande relevância foi a norma do art. 226, § 3º, da CF, eis que a partir daí instaurou-se vasta discussão acerca do tema entre os autores - até então praticamente unânimes em considerar inviável esta pretensão em prol do concubino - colaborando para o deferimento dos pedidos alimentícios decorrentes da extinção da união estável, em diversos julgados.

Porém, vários tribunais continuaram a negar a obrigatoriedade de prestação alimentar por parte dos companheiros, baseando-se na falta de previsão legal a exigí-la,⁷ e principalmente na inexistência de uma lei estabelecendo deveres de coabitação, fidelidade ou mútua assistência aos concubinos, tese que também encontrou eco em considerável parcela de doutrinantes. De outra parte, segundo Ronaldo Frigini, aos poucos fortaleceu-se a corrente favorável aos alimentos no concubinato, situando-se, dentre seus partidários, juristas renomados como Mário Aguiar Moura, Edgar de Moura Bittencourt, Álvaro Villaça Azevedo, e Arnoldo Wald.⁹²

3.1.4 As mudanças provocadas pela Constituição de 1988 no âmbito sucessório

Em se tratando da possibilidade de sucessão *causa mortis* entre os concubinos, constata-se que praticamente nenhuma mudança ocorreu após o reconhecimento constitucional da união estável, conservando a jurisprudência tão-somente a admissão de partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum. No entanto, vale lembrar que antes mesmo da regra do art. 226, § 3º, da Constituição atual, os pretórios já vinham aceitando, em determinados casos, a validade de instituição de legado à companheira.

Entrementes, Sílvio Rodrigues aponta alguns julgados admissores de direito sucessório ao concubino, inclusive em detrimento dos legítimos herdeiros, pautando-se, para

⁹¹ Op. cit., p. 114-115.

⁹² FRIGINI, R. O Concubinato e a Nova Ordem Constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 686, p. 63, dez. 1992.

tanto, na equiparação constitucional da união estável ao casamento, posicionamento este, porém, limitado a decisões isoladas.⁹³

3.1.5 Outros direitos assegurados aos concubinos após a atual Carta Magna

Muito embora a Constituição não tenha fixado direitos aos componentes da união informal, inviabilizando, com isso, um amparo mais consistente à família de fato - que continuou a tê-los garantidos pela jurisprudência, principalmente - sem dúvida facilitou e ampliou o reconhecimento destes.

Assim, a utilização de medida cautelar de separação de corpos pelo companheiro ameaçado com a presença nociva de seu consorte sob o mesmo teto constituiu-se em prerrogativa progressivamente extensiva também aos concubinos, pois ainda que alguns julgados já viessem aceitando o emprego da cautela inominada, o preceito constitucional contribuiu para fortalecer este entendimento, haja vista a necessidade de amparo estatal aos membros da família nascida fora do casamento.

Corroborando esta tendência, vale ressaltar as considerações tecidas por Rainer Czajkowski:

Na órbita pessoal, as medidas cautelares surgem para formalizar ou impor o fim da convivência, naquelas uniões em que há moradia comum. Plenamente viável o uso deste remédio, para evitar a incômoda presença de um na vida do outro, para evitar o agravamento dos atritos, e mesmo para prevenir futuras pretensões patrimoniais. Tecnicamente mais adequada para tais fins é a medida cautelar inominada, prevista no art. 798 do Código de Processo Civil.

É evidente a semelhança da medida com a cautelar de separação de corpos, utilizada nas dissoluções de sociedades conjugais. Mas a inominada, nas uniões estáveis, é mais acertada porque não há nenhum dever jurídico de coabitação entre os parceiros. A residência comum sequer é essencial para a caracterização de uma união estável. Na jurisprudência, vêm sendo admitidas tanto uma quanto a outra. A justificativa para acolher cautelar de separação de corpos, nas uniões estáveis, está no princípio da instrumentalidade do processo. O apego ao formalismo, ou a questão terminológica do nome dado à medida, jamais podem prejudicar, neste caso, o exame do mérito.⁹⁴

⁹³ Op. cit., p. 261-262.

⁹⁴ CZAJKOWSKI, R. *União Livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 164-165.

Os reflexos da novel ordem constitucional concorreram, da mesma forma, para afastar a rigidez no exame das provas atestatórias da participação da concubina na aquisição do patrimônio comum, pois anteriormente, sem a efetiva demonstração do concurso do consorte para formação ou aumento do acervo, mediante seu trabalho doméstico ou esforço econômico, não se concedia a quota-parte pretendida, já que não havia presunção de constituição de sociedade de fato entre os companheiros, orientação, no entanto, modificada a partir de 1988, momento em que os julgados passaram a admitir que os bens adquiridos na vigência da união estável pertenceriam a ambos os parceiros, como forma de suprir a ausência de uma regra a fixar a comunhão de aqüestos entre eles - norma esta que eliminaria toda e qualquer discordância em relação ao assunto.

Entre os benefícios trazidos aos membros das uniões estáveis pelo tratamento legislativo da Carta vigente, merecem especial consideração as mudanças efetuadas no tocante aos filhos advindos das relações informais.

Neste ponto, sem dúvida, as alterações foram demasiadamente significativas, imprimindo nova conotação à prole resultante da aliança entre homem e mulher não legalizada. Destarte, o legislador constituinte, após anos de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, finalmente vedou qualquer discriminação entre os filhos, são eles agora iguais perante a lei, o que significa dizer que pouco importa o caráter da relação havida entre os pais: hoje não existe mais filiação legítima ou ilegítima.

Em conseqüência, restaram revogados vários artigos do Código Civil que pautavam-se na diferença entre os filhos provenientes do casamento e os oriundos de uniões de fato - a exemplo dos arts. 337, 338, 352 a 354 -, ao passo que outros dispositivos, embora ainda válidos, permanecem com referências à antiga classificação da filiação em espécies (daí porque devem ser lidos com cuidado).

Logicamente a Lei nº 883/49 também sofreu as devidas transformações, e várias normas perderam a legitimidade, total ou parcialmente, ou apenas tornaram-se inúteis em face do art. 227, § 6º, da atual Constituição Federal, exceção feita à regra do parágrafo único, do art. 4º, ainda em harmonia aos novos princípios constitucionais, ao determinar que: "dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação de paternidade, cabendo, porém, aos interessados, o direito de impugnar a filiação."

Tornou-se possível, pois, a todos os filhos, incestuosos ou adúlteros, mesmo que na constância da sociedade conjugal, promoverem ação investigatória - anteriormente reservada à prole natural - quando não houver o reconhecimento voluntário, desaparecendo as limitações anteriormente impostas pelas leis relativas à matéria, mormente após o advento da Lei nº 7841/89, que revogou expressamente o art. 358 da lei civil.

Ainda no campo do reconhecimento de filiação, notável importância deve ser atribuída à recente Lei nº 8560/92, relativa à investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Revogando os arts. 332, 337 e 347 do Código Civil, o ponto alto deste diploma legal reside em uma série de medidas destinadas a incentivar à perfilhação, merecendo destaque a norma do art. 7º, que estabelece o direito de serem fixados alimentos provisionais ou definitivos na sentença de primeiro grau que reconhecer a paternidade.

Desta forma, as leis esparsas, seguindo a orientação ditada pelo legislador constituinte, não deixaram de valorizar o concubinato enquanto relação merecedora de proteção, muito embora este patrocínio já tenha marcado época em algumas legislações específicas, como a previdenciária, que contribuíram sobremaneira para a própria elaboração da norma constitucional, e após o reconhecimento da união livre como instituto do Direito de Família continuaram a alargar o amparo concedido à família de fato, recepcionando, pois, os postulados contidos na Lei Maior.

As disposições constitucionais relativas à facilitação do divórcio traduzem uma das inovações da Carta Magna de 1988 que igualmente repercutiram-se no âmbito dos relacionamentos estáveis, conforme explica Basílio de Oliveira: “Ao baixar para um ano o tempo de separação judicial para sua conversão em divórcio, e reduzindo para um biênio de separação de fato, para a concessão do divórcio direto, a Constituição criou fatores de estímulo para a legalização de inúmeras uniões conjugais livres, pela via do casamento (art. 226, § 6º da CF, derogando o art. 40 da Lei do Divórcio).”⁹⁵

Assim é que a Lei nº 7841/89 promoveu importantes alterações na Lei nº 6515/77 com o intuito de adequá-la à nova ordem constitucional. Destarte, em atenção ao objetivo do legislador de 1988, dispensou exame da causa de extinção do vínculo conjugal, antes necessário para a decretação do divórcio, exigindo tão-somente a prova da separação de fato há mais de dois anos, bem como revogou a vedação de reiteração do pedido de divórcio constante no art. 38 da Lei nº 6515/77.

⁹⁵ Op. cit., p. 40.

Idêntica inclinação revelou a Lei nº 8009/90, que versa sobre a impenhorabilidade do bem de família. A noção de entidade familiar consignada no art. 1º abrangeu, em consonância com o preceito constitucional, as uniões estáveis, de forma a vedar igualmente a penhora do imóvel residencial dos concubinos.

Outro diploma legal pós-Constituição de 1988 que se referiu de forma expressa ao concubinato e aos membros da relação informal, evidenciando a recepção do novo paradigma familiar por ela inaugurado, foi o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), cujo art. 25 define como família natural “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”, acrescentando o art. 26 que “os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura pública ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.”

Outrossim, o art. 41, § 1º, dispôs sobre a possibilidade de adoção pelo concubino, modificando a inteligência da jurisprudência e do antigo Código de Menores (Lei nº 6697/79), para os quais somente o matrimônio civil habilitava o interessado a adotar.

O art. 26, a seu turno, admitiu o reconhecimento voluntário de filho a par do judicial, proclamando que “os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura pública ou outro documento, qualquer que seja a origem da filiação.”

Neste diapasão, a atual Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8213/91) também fez expressa menção ao art. 226, §3º, da Constituição, para definir, em seu art. 16, § 3º, o(a) companheiro(a) como “a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada.”, entendida esta como “... aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar”, segundo o § 6º, do art. 13, do Decreto nº 611 /92.

Logo, não mais exige a convivência entre os concubinos pelo prazo de cinco anos - já que o dispositivo constitucional não fez menção a qualquer lapso temporal - para caracterização da relação concubinária. Da mesma forma, a dependência econômica da companheira tornou-se presumida, dispensando comprovação, tal como ocorre em relação aos filhos e ao cônjuge, não obstante necessária a prova da união estável.

No entanto, o supracitado regulamento da lei de benefícios estabeleceu a proibição de designação da concubina pelo homem casado e separado de fato, impedimento este

inexistente no anterior regulamento, evidenciando um estranho retrocesso da legislação previdenciária, posto que sempre digna de aplausos por suas regras inovadoras.

O art. 76, § 2º, da Lei nº 8213/91, ensina que a companheira concorre em igualdade de condições com os filhos dependentes do segurado e com o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebe alimentos, cabendo-lhe integralmente o benefício no caso de não haver o pagamento de pensão alimentícia ao ex-cônjuge.

Por fim, determinou a Lei de Benefícios que, com o fim da relação estável, encerra-se a qualidade de dependente do consorte para fins previdenciários, a não ser quando estabelecida em seu favor a prestação alimentar.

A vigente Lei de Locações dos Imóveis Urbanos (Lei nº 8245/91), por sua vez, consignou que “em caso de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da sociedade concubinária, a locação prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel”, admitindo, com isso, um direito que já vinha recebendo parecer favorável por parte da jurisprudência mesmo sob o regime da lei anterior, demonstrando, mais uma vez, o papel desempenhado pelos tribunais no desenvolvimento do concubinato no país.

Também a Lei nº 8441/92, relativa ao seguro obrigatório, concedeu legitimidade à concubina, equiparando-a à esposa, para pleitear a respectiva indenização, reformando o art. 4º, § 1º, da Lei nº 6194/74 e contribuindo para robustecer o entendimento jurisprudencial favorável à instituição da concubina como beneficiária de seguro de vida, apesar da vedação constante no art. 1474 do Código Civil.

Percorrendo os passos da legislação anterior, o atual complexo jurídico relativo ao Imposto de Renda (Decreto nº 1041/94) dispôs acerca da possibilidade do companheiro ou companheira serem considerados dependentes para fins de dedução mensal do rendimento tributável (art. 83, § 1º, alínea “a”).

Tendo em vista toda esta gama de direitos que passaram a ser reconhecidos em favor dos concubinos, e principalmente considerando a nova concepção da família inaugurada pela Carta Magna vigente, resta saber se tornou-se necessária a intervenção do Ministério Público nas ações relativas à união estável.

3.1.6 A intervenção do Ministério Público nas demandas entre os concubinos

Antes da regra constitucional, entendiam os doutrinadores que dispensável era a ingerência ministerial nas causas circunscritas à discussão de determinados aspectos da relação concubinária, pois os interesses motivadores de suas pretensões caracterizavam-se por serem unicamente patrimoniais.

Com a nova Constituição, as orientações, todavia, não se modificaram substancialmente, e os fundamentos daqueles que afastavam a participação do Ministério Público em tais questões foram os mesmos justificadores da atribuição de competência às Varas Cíveis para julgarem tais demandas, ou seja, diante da desigualdade entre o casamento e o concubinato entenderam os doutrinadores que inútil seria a presença do representante do *parquet* nestes processos.

Entretanto, ante o art. 226, § 3º, da Constituição, e mesmo em face do *status* ocupado pelos relacionamentos estáveis, fortaleceu-se a inteligência de que as discussões judiciais envolvendo os concubinos encerrariam em si um interesse público, tal como estabelece o art. 82 do Código de Processo Civil, o que implicaria em prudente participação do órgão ministerial nos pleitos desta natureza para garantir o efetivo resguardo da entidade familiar, evitando prejuízo aos seus componentes e zelando pelos seus direitos.

Alguns doutrinadores, contudo, passaram a defender a imprescindibilidade da interferência do Ministério Público nos processos decorrentes da extinção do vínculo estável entre homem e mulher em virtude da inclusão deste instituto no campo do Direito de Família.

Irineu Antonio Pedrotti firmou seu ponto de vista no sentido de que esta intervenção deveria dar-se sempre em caráter anormal, por isso impondo uma interpretação restrita acerca do tema, concluindo o autor que:

... será sempre obrigatória, além dos casos em que houver interesse de menores e incapazes, desde que esteja previamente definido o interesse público a ser fiscalizado. Nos casos de dúvida, ou naqueles em que haja suspeita do envolvimento de um interesse público a ser resguardado, será de boa política do julgador ponderar os fatos e conceder vista ao Ministério Público, a fim de que ele faça exame necessário e manifeste com fundamento técnico-jurídico a desnecessidade de sua intervenção nos autos.⁹⁶

Muito embora um grande passo tenha sido dado pelo legislador constituinte de 1988, tornou-se essencial a edição de lei ordinária para fixação do conceito de união estável,

⁹⁶ Op. cit., p. 282.

delimitação de seus efeitos no âmbito jurídico, e o estabelecimento de regras acerca da conversão do concubinato em casamento, até como meio de extirpar a desarmonia presente nos tribunais e na doutrina, dividindo as opiniões acerca de um mesmo assunto.

Todavia, ante todas as implicações oriundas de um tratamento infraconstitucional do concubinato, há muito conhecidas, não foram poucos os autores que alertaram para a necessidade de máxima cautela na árdua tarefa de elaboração da lei ordinária, conforme expressa Júlio Cesar Viseu Junior:

A intervenção do Estado há de ser dosada com equilíbrio e ponderação, circunscrevendo-se ao estritamente necessário, vale dizer, aos pontos essenciais. Deve, portanto, evitar a formalização excessiva que coloca o instituto em trilhos rígidos, a exemplo do casamento. Isso, em particular, quando se sabe que essa forma de convivência é freqüentemente procurada por pessoas que desejam escapar às convenções ditadas pela sociedade.

Assim, ao lado de algumas normas que se afigurem indispensáveis, como resultado da inclusão da união estável na Constituição, é de se reconhecer a importância da atuação pretoriana nesse campo, seja interpretando as regras legais, seja, principalmente, na construção dos princípios delineadores do instituto. Desse modo, estar-se-á evitando que a consolidação normativa, com a sua rigidez e notório descompasso, possa acarretar-lhe prejuízos ou mesmo acabar por equipará-lo ao casamento, quando esta não foi a intenção e isso não decorre da Carta Magna atual.⁹⁷

Infelizmente, o sobreaviso não logrou êxito, e a disciplina reclamada pela regra constitucional, expressa através da Lei nº 8971/94, acabou por desvirtuar o sentido da norma constante no § 3º, do art. 226, da Carta Magna, refletindo uma redação confusa, inflexível e, portanto, insuficiente para pôr fim à celeuma em torno do assunto .

Entrementes, tem-se aí mais um estágio do processo de desenvolvimento do concubinato no Brasil, cujas conseqüências no âmbito da doutrina e da jurisprudência, bem como a importância deste tratamento para os partícipes da união estável, necessitam ser igualmente apreciadas.

3.2 A Lei 8971/94

⁹⁷ VISEU JUNIOR, J. C. O Estatuto da Relação Concubinária. In: BITTAR, C. A. (Coord.). **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 150.

A Lei 8971, de 29 de dezembro de 1994, destinada a regulamentar o preceito constitucional reconhecedor da união estável como entidade familiar, surgiu para amparar juridicamente os pedidos formulados pelos concubinos que, até então encontravam somente embasamento doutrinário e jurisprudencial, ensejando polêmica entre os doutrinantes e discussões pretorianas sobre uma mesma questão.

No entanto, merecedora de muitas críticas, inclusive sendo taxada de inconstitucional, a legislação não cumpriu o seu papel de assegurar legalmente direitos aos componentes da relação concubinária e viabilizar a integral aplicação da norma constitucional, revelando, além de um texto mal redigido, falhas em diversos aspectos, dando margem, pois, a diferentes interpretações atinentes ao seu alcance e conteúdo, eis que omissa em muitos pontos.

Destarte, ao dispor sobre temas controvertidos e de maior importância para os parceiros de uma união estável, quais sejam, o direito a alimentos e sucessão, não o fez de maneira adequada, porquanto “é bastante simplória, ao passo que deveria ser mais específica sobre os assuntos de que trata, para impor procedimentos e regras a serem observados no exercício dos direitos que a mesma assegura, comprometendo, pois, sua aplicação, sem a existência de normas procedimentais a serem seguidas.”⁹⁸

Ademais, a novel legislação não efetivou a missão que lhe foi destinada pela Constituição de facilitar a conversão da união estável em casamento, ressaltando, ainda, Américo Luís Martins da Silva, que “a nosso ver não motivaria, absolutamente, a conversão da união instável em união estável ou a conversão de união estável em casamento oficial.”⁹⁹

As falhas exsurtem já no primeiro artigo, que fixa determinados requisitos indispensáveis à configuração da união estável, limitando sua aplicação e, portanto, garantindo os direitos nela contidos, unicamente às alianças constituídas sob o prazo superior a cinco anos ou das quais tenha restado prole, além de determinar a necessidade de ser o concubino solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, quando percebe-se que esta não era a intenção do legislador constituinte, que, corretamente, preferiu relegar a tarefa de definir a união estável à jurisprudência.

Desta forma, para a Lei 8971, pouco importou ser a relação estável se não completado o prazo de cinco anos de convivência comum ou dela não adveio filhos, ao passo que, inversamente, uma aliança passageira, cujos consortes sequer chegaram a residir sob o

⁹⁸ PARIZATTO, J. R. *O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 81.

⁹⁹ Op. cit., p. 242.

mesmo teto, ou, em o fazendo por determinado período, jamais revelaram objetivo de constituição de família, poderia dar ensejo ao exercício dos direitos alimentar e sucessório por parte de seus participantes, desde que resultante prole deste relacionamento.

Outrossim, as uniões estáveis em que um dos concubinos é separado de fato do ex-cônjuge - maioria das situações concubinárias - anteriormente consideradas como suscetíveis de produzirem efeitos jurídicos pela jurisprudência, restaram totalmente desprotegidas em face do novo texto legal, que acabou por romper com todo o trabalho de crescente amparo às relações de fato realizado pelos tribunais.

Portanto, sob a denominação de companheiro(a) - embora não se trate de uma questão de utilizar este ou aquele vocábulo para nomear o concubinato, pois o que realmente importa são os requisitos caracterizadores da relação informal definidos pela legislação - a Lei deixou de lado o termo união estável empregado pela Constituição, cuja interpretação pretoriana possibilitava enquadrar-se até mesmo os enlaces adulterinos, visando resguardar o parceiro de boa-fé que se ligou a outrem desconhecendo seu impedimento, somente de pronto excluindo da abrangência da expressão as relações incestuosas.

Subsistiu, todavia, para os componentes destas uniões não albergadas pela conceituação de união estável promovida pela legislação ordinária o recurso à indenização por serviços prestados, visto não poderem utilizar-se do direito alimentar, ou à ação de dissolução de sociedade de fato para partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum.

Com isto, verifica-se que o legislador não usou, na ocasião, absolutamente o critério da estabilidade das uniões para conceder o benefício legal, muito pelo contrário, quando impunha apenas as condições de convivência há mais de cinco anos ou de existência de prole, estendia, indevidamente, o benefício de alimentos para o consorte de uniões instáveis, já que, quando havia filhos da união (estável ou instável), não era preciso comprovar o período de cinco anos de convivência.¹⁰⁰

A par desta inconveniência da lei de aprioristicamente qualificar o conteúdo do relacionamento livre, incumbência a ser realizada em sede jurisprudencial, o mencionado artigo primeiro submeteu o pedido alimentar entre os concubinos ao rito especial da Lei 5478/68, apesar de não ter se referido acerca do momento da produção das provas relativas à convivência por tempo superior a cinco anos ou da existência de prole: se antes da propositura da ação ou se possível realizar-se no decorrer desta. Ocorre que o procedimento da Lei de

¹⁰⁰ SILVA, A. L. M. da. Op. cit., p. 239.

Alimentos exige prova pré-constituída para a concessão liminar dos alimentos provisórios, o que, a princípio, demandaria a comprovação do companheirismo nos termos aí estabelecidos juntamente com a petição inicial.

A união estável, diferentemente do casamento, não possui um documento atestador da relação existente entre seus parceiros, daí porque, para comprovar os fatos ensejadores da ação, admitiu-se todos os meios de prova, desde que suficientes para formar o convencimento do julgador.

No caso de haver filho, a certidão de nascimento com o nome do pai concubino serviria para instruir a ação, mas ainda fazia-se necessária a comprovação da relação estável, dispensando-se somente a prova do prazo quinquenal. Mais complicada tornou-se a situação quando preciso demonstrar o concubinato e a sua existência há mais de cinco anos, pois mesmo que algum meio documental comprovasse a união concubinária (como o que revelasse ser a concubina dependente do consorte perante a Previdência Social ou para fins de Imposto de Renda, a certidão de casamento no religioso ou no exterior, a existência de conta conjunta bancária) nem sempre mostrava-se fácil atestar a sua duração por mais de cinco anos, podendo, neste caso, valer-se a autora de ação de justificação judicial, da exibição de decisão prolatada em ação de dissolução de sociedade de fato, de indenização por serviços prestados ou de partilha.¹⁰¹

Outra confusão gerada por este dispositivo da Lei 8971 diz respeito à possibilidade de, em não havendo a prova pré-constituída da obrigação alimentar (ou sendo esta duvidosa por alegações da parte contrária), servir-se a concubina da ação de alimentos pelo rito da Lei 5478/68, pois o artigo não foi claro neste ponto. Todavia, atendendo ao princípio de justiça e baseando-se na necessidade imediata inerente ao pedido, a doutrina entendeu que tal circunstância somente impediria a fixação liminar dos alimentos, devendo a interessada produzir as provas no decorrer do pleito, e somente após a instrução sumária, desde que convincentes estas, o juiz determinaria o pagamento, com efeito retroativo à data da citação inicial. Entrementes, parte dos autores, diante desta situação, pugnaram pelo requerimento através de ação ordinária, com ou sem medida cautelar incidente ou antecedente de alimentos provisionais - também utilizáveis quando a ação principal versasse sobre partilha de bens, guarda de filhos menores, etc.

¹⁰¹ PARIZATTO, J. R. Op. cit., p. 55-56.

Logo, embora o art. 1º tenha referido-se exclusivamente ao pedido de alimentos com base na Lei 5478/68, o que traduz “de plano uma significativa impropriedade legislativa ao estabelecer as regras processuais para o exercício de um determinado direito sem antes criar ou estabelecer esse direito”, “a norma deve ser entendida como criadora do direito material à pensão alimentícia decorrente da união estável entre o homem e a mulher”¹⁰², possibilitando, assim, ao concubino, o emprego de outros meios processuais hábeis para requerer tal encargo.

Como pressuposto sobre o qual determina-se o *quantum* a ser pago pelo obrigado em qualquer ação alimentar, aqui também exigiu-se a devida atenção ao binômio necessidade-possibilidade, podendo o magistrado indeferir o pedido de alimentos provisórios ou mesmo não conceder os alimentos definitivos se incomprovado tal requisito, bem como modificar o valor arbitrado a qualquer tempo.

Insurgiu-se a doutrina, ainda, em relação à culpa no que tange ao encargo alimentar mesmo diante da omissão da Lei, pois para determinação da pensão alimentar em decorrência da separação judicial, a Lei do Divórcio prescreve o pagamento do encargo pelo cônjuge culpado pela separação, sendo que “no caso de alimentos devidos pela relação concubinária, não se poderia dispensar tal perquirição, sob pena de outorgar-se mais privilégios à concubina do que à mulher casada”.¹⁰³

Neste sentido a afirmação de Roberto de Abreu e Silva, para o qual “em caso de rompimento da união por infidelidade ou abandono voluntário do lar pela companheira ou companheiro, perderá o culpado o direito à assistência material ...”¹⁰⁴

Por fim, alguns doutrinadores ainda levantaram a questão de não ter a Lei imposto qualquer exigência respeitante ao estado civil do concubino credor de alimentos, fazendo-a tão-somente em face do devedor da prestação alimentar, o que, no entanto, desconsiderou a aptidão do parceiro para cumprir com o encargo alimentar, isentando-o da obrigação apenas por encontrar-se este separado de fato do antigo cônjuge, estimulando, inclusive, relações concubinárias nestas condições. Entretanto, parte da doutrina defendeu a necessidade de uma interpretação finalística de molde a abarcar não só as uniões estáveis em que haja separação de fato de um dos partícipes, como também aquelas chamadas putativas, caracterizadas pelo desconhecimento, por um dos consortes, do impedimento matrimonial do outro.

¹⁰² CAHALI, F. J. Op. cit., p. 95.

¹⁰³ PARIZATTO, J. R. Op. cit., p. 60.

¹⁰⁴ SILVA, R. de A. e. A União Estável e os Deveres do Casamento - Reflexões sobre a Lei 8.971, de 29-12-94. *Advocacia Dinâmica - Boletim Informativo*, v. 50, p. 640, dez. 1996.

À falta de menção expressa da legislação ordinária acerca da qualificação do companheiro que pretende exercer seu direito alimentar, entendeu Francisco José Cahali que “a regra deve ser interpretada restritivamente, pois, como visto, não quis a lei abranger qualquer envolvimento emocional entre homens e mulheres ...”¹⁰⁵

Tal como ocorre em relação ao casamento, determinou-se a extinção do direito alimentar em face de nova união do beneficiário - disposição esta suscitadora de diferentes interpretações doutrinárias, pois para alguns autores a ressalva referia-se a todo novo relacionamento, mesmo instável, incluindo aí uma conduta irregular ou desregrada do favorecido, ao passo que para outros a exigência legal seria aplicável somente ao casamento e ao enlace estável.

O requerimento alimentar estendeu-se nas mesmas proporções ao concubino, como não poderia deixar de ser, diante da igualdade constitucional entre homem e mulher.

O art. 2º da Lei 8971, por sua vez, tratou do direito de sucessão no caso de falecimento de um dos concubinos, estabelecendo que, havendo descendentes, o consorte sobrevivente teria o usufruto da quarta parte dos bens deixados, enquanto na hipótese de ausência de filhos, mas existência de ascendentes, tal prerrogativa recairia sobre a metade dos mesmos - hipótese assemelhada ao usufruto vidual do art. 1611, § 1º, do Código Civil, concedidos aos cônjuges quando o regime de casamento não é o da comunhão universal de bens - referindo-se seu direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos relativos a este montante patrimonial, e não à herança do falecido, não dependendo tal direito da vontade do morto ou de sua situação econômica, e também desaparecendo por força da união do beneficiário a outra pessoa.

Importa destacar que o dispositivo, ao mencionar “as pessoas referidas no artigo anterior”, deu a entender, como em relação ao encargo alimentar, que o consorte sobrevivente poderia ser casado, mas se o *de cujus* o fosse, ainda que há muito separado de fato, não seria possível aplicar-se esta norma, prevalecendo os direitos do cônjuge.

Ressalta João Roberto Parizatto que a Lei 8971/94 não estabeleceu forma para o concubino pleitear o usufruto diante da recusa por parte de outro herdeiro do morto, opondo-se à posse, uso e gozo do usufrutuário legal, principalmente porque relativo somente a uma parcela dos bens, asseverando que “o direito será pleiteado no juízo do inventário, com desprezo da via ordinária” e prescrevendo, entretanto, que “haverá de existir um consenso

¹⁰⁵ Op. cit., p. 120.

entre os herdeiros do *de cuius*, de modo a viabilizar o exercício de tal direito, sob pena de a(o) usufrutuária(o) ter de fazer valer seus direitos em juízo” - eis que aceita a utilização das ações possessórias cabíveis.¹⁰⁶

O inciso III do supracitado dispositivo resguardou ao concubino, desde que atendidos os requisitos do art. 1º (logo, descartou qualquer possibilidade de concorrência entre o companheiro e o cônjuge, pois o falecido deveria ser solteiro), o direito à herança de todo o patrimônio do falecido na ausência de descendentes e ascendentes, entretanto, não vedou, segundo alguns autores, a disposição em testamento.

Foi alterada, assim, a ordem de vocação hereditária definida no art. 1.603 do Código Civil, onde consta o deferimento da herança “ao cônjuge sobrevivente”, leia-se também, “ou ao companheiro” (ou companheira). Significa dizer que os colaterais somente passarão a herdar se o autor da herança não era casado nem deixou companheira em situação de “união estável”.¹⁰⁷

O art. 3º dispôs acerca da partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, fruto da evolução do princípio consagrado na Súmula nº 380 (embora tenha incidência mais restrita do que esta), fixando o direito de meação (e não de herança, conforme preocupam-se em destacar os doutrinadores) do companheiro sobrevivente, sem importar a forma da colaboração prestada por ele, o que significou somar ao regime conjugal de comunhão parcial ou universal de bens a ajuda fornecida pelo parceiro para obtenção do patrimônio do casal, daí porque o preceito não alcançou a legítima dos herdeiros necessários ou os bens recebidos por doação ou sucessão (como dispõe os arts. 269, I e 270, III, do Código Civil).

Mais uma vez, o fato de o dispositivo não ter indicado se o companheiro a que se refere seria aquele descrito no art. 1º, ou se também abrangeeria o concubino casado e separado de fato, ocasionou certa dissidência doutrinária.

Interessante questão é ver se o direito à metade da herança, previsto no art. 3º, pode ser exercido cumulativamente com o reclamo de usufruto parcial, regulado no artigo precedente. Afasta-se discussão quanto ao seu item III, por abarcar a totalidade da herança. Mas meação e usufruto não se repelem, na medida em que a lei aponta causas distintas para sua percepção, sem maiores restrições.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Op. cit., p. 82.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, E. B. de, AMORIM, S. L. Op. cit., p. 81.

¹⁰⁸ Id., Ibid., p. 82.

Para requerer sua meação, o consorte poderia ingressar no próprio inventário se lhe fosse possível comprovar a relação estável pelo prazo de cinco anos ou a existência de prole e o suporte realizado para aquisição dos bens; todavia, ante a ausência de tais meios comprobatórios destes requisitos ou em sendo eles contestados pelos demais herdeiros, teria o interessado de recorrer à via ordinária com este fim, a não ser na hipótese de serem todos os herdeiros capazes e haverem concordado, circunstância que possibilitaria o reconhecimento da união estável e do decurso de cinco anos de convivência realizar-se nos próprios autos de inventário.

Importante inovação da Lei 8971 consistiu no direito de requerer o concubino a reserva de bens, com vistas a assegurar a sua parte na herança até a conclusão da respectiva ação ordinária, pois uma vez considerado herdeiro, eliminou-se a antiga discussão jurisprudencial existente acerca da questão (vide capítulo anterior).

Ainda relativamente ao direito de meação, outro ponto discutido pela doutrina foi o fato de não ter a lei esclarecido o tipo de colaboração ensejadora do recebimento, pela concubina, de metade dos bens adquiridos durante a sociedade concubinária, alegando alguns autores a necessidade de demonstrar, em face da nova Lei, o suporte pecuniário da companheira, excluindo, assim, como hábeis à meação, as atividades meramente domésticas, até então reconhecidas como válidas para partilha do cabedal comum.

No que tange à competência para julgamento das ações asseguradas pela Lei 8971/94, nada dispôs a legislação complementar, de modo que, a princípio, permaneceu a discussão doutrinária e jurisprudencial suscitada a partir da Constituição atual e que se refere ao julgamento das demandas envolvendo aspectos da relação concubinária ou pelas Varas Cíveis ou de Família. Todavia, conforme assevera Francisco José Cahali:

Com maior razão agora a fixação da competência das Varas de Família e Sucessões, com base na Lei n. 8.971/94, que, em última análise, identificou os companheiros à situação jurídica dos cônjuges para efeito de alimentos, tanto assim que indicou a utilização da Lei n. 5.478/68, até então privativa dos cônjuges ou parentes.¹⁰⁹

No mesmo norte as posições de Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim ao sustentarem a competência das Varas Cíveis somente para as ações que não digam

¹⁰⁹ Op. cit., p. 123-124.

respeito aos direitos fixados na legislação ordinária, porquanto relativas a questões meramente obrigacionais, posto que:

Agora, com o reconhecimento legal dos direitos sucessórios a pessoas em situação de “companheiros”, virtualmente modificadas as disposições civis e processuais sobre a matéria, resulta claro que a intervenção de ex-companheiro do *de cujus* no processo de inventário, ou, mesmo, a ação própria de reconhecimento dessa situação, não de ser exercidas e praticadas perante o juízo especializado em sucessões. De forma análoga, força é concluir que o pedido de alimentos formulado por companheiro correrá, necessariamente, perante o juízo de família. Quanto à ação movida por ex-companheiro ou concubino do autor da herança, para recebimento de usufruto, de herança ou de meação, nos termos da Lei 8.971/94, entendemos que deva ser processada no juízo especializado das sucessões, distribuindo-se por dependência ao processo de inventário.¹¹⁰

Seguindo semelhante linha de raciocínio, os mesmos autores trataram de outro ponto ensejador de conflitos jurisprudenciais anteriormente à edição da lei ordinária, manifestando-se favoráveis à intervenção do Ministério Público nas ações de alimentos (pois a própria Lei nº 5478, nos arts. 9º e 11, a exige) e nas declaratórias da vida em comum por tempo superior a cinco anos, para fins de sucessão ou meação, dispensando a participação do órgão ministerial apenas nas ações concubinárias visando partilha de bens.

3.3 A Lei 9278/96.

Diante das imperfeições apresentadas e das dúvidas geradas pela Lei nº 8971/94, em 10 de maio de 1996 é sancionada a Lei nº 9278, igualmente reservada para o fim de disciplinar a previsão constitucional da união estável.

Todavia, embora recentemente aprovada e objetivando justamente clarear o entendimento de sua antecessora, a novel legislação dos companheiros não exauriu a celeuma existente acerca do assunto, recebendo tratamento hostil por parte da comunidade jurídica, perante a qual “repete erros, incorreções e incoerências com alguns institutos de direito de família.”¹¹¹

¹¹⁰ Op. cit., p. 95-96.

¹¹¹ PEREIRA, R. da C. É Necessário Ser Fiel? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 1º jun. 1996, p. 3-2.

Além de críticas relativas à má redação da Lei ou às suas imprecisões, o ponto alto da discussão doutrinária centrou-se exatamente na maior inovação por ela trazida, qual seja, a introdução da união estável como uma nova figura de matrimônio, “desburocratizada, barata e tão segura, no tocante à questão patrimonial, quanto o casamento civil, regulado pelo nosso Código”¹¹², posto que o legislador ordinário equiparou-o às relações (até então) informais, consagrando efeitos muito semelhantes para estas duas formas de conjugalidade.

Daí porque a opinião da grande maioria dos doutrinadores no sentido de que a Lei 9278, ainda que buscando garantir direitos aos conviventes e protegê-los de modo mais amplo possível, acabou por retirar o desembaraço inerente às alianças concubinárias, sujeitando obrigatoriamente os concubinos a uma rígida disciplina normativa, e indo de encontro, portanto, à própria noção de concubinato, contribuindo, ao final, para descaracterizá-lo.

Esta imposição de regras próprias do casamento às uniões de fato, bem como a “criação de nova entidade familiar - a convivência duradoura - não prevista na Constituição”¹¹³, restaram apontadas pelos juristas como aspectos inconstitucionais da legislação, porquanto violadoras, segundo prescreve José Carlos Bruzzi Castello, do direito de liberdade expresso no *caput* do art. 5º, da Carta Magna, e da garantia de que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado, constante no inciso XX, do mesmo dispositivo.¹¹⁴

O art. 1º, ao reconhecer “como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”, deixou de lado, prudentemente e em atenção à Constituição, o prazo de cinco anos ou a existência de prole (ponto bastante polêmico, como visto, da Lei nº 8971/94), bem como outros elementos determinados para caracterização da união estável, mas nem por isso ficou livre de inúmeras indagações doutrinárias, agora em função da amplitude do novo texto legal e de sua indefinição.

Destarte, ante a ausência de um limite temporal a fim de qualificar a estabilidade da aliança e a menção tão-somente aos requisitos de durabilidade, publicidade e continuidade, suscitaram alguns autores que a legislação ordinária abraçaria os enlaces adulterinos, excluindo

¹¹² GOMES, R. R. O Casamento Alternativo. A *Notícia*, Joinville, 6 jun. 1996, p. 3.

¹¹³ NUNES, E. Instituto Pedra Ação Contra a Nova Lei do Concubinato. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 ago. 1996, p. 3-2.

¹¹⁴ CASTELLO, J. C. B. União Estável - O legislador deve parar de complicar os relacionamentos daqueles que querem viver no exercício das suas liberdades. *Advocacia Dinâmica - Boletim Informativo*, v. 44, p. 549, nov. 1996.

tão-somente as alianças homossexuais, eis que não imposta, expressamente, a necessidade de desimpedimento matrimonial entre os parceiros.

Explicitando seu entendimento em relação a este preceito, assim prescreve Álvaro Villaça Azevedo:

... esse artigo, sob foco, não alude, expressamente, à união estável, pura, ou seja, não incestuosa e não adúlterina, a qual, inegavelmente, foi objeto de sua regulamentação. É certo que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, também, não especifica nesse sentido; contudo, ambos os dispositivos legais apontam o objetivo de constituição familiar, o que impede que exista concubinato impuro (...) ou concubinato desleal.¹¹⁵

Em verdade, analisando-se toda a construção jurisprudencial voltada ao amparo das uniões estáveis, e mesmo as leis esparsas ou a anterior disciplina infraconstitucional, de pronto percebe-se que a intenção do legislador não foi a de proteger os concubinatos impuros (conclusão esta que advém de uma exclusiva interpretação literal do texto legal), mas somente quebrar com o rigorismo, tão censurado, presente na Lei nº 8971/94, de molde a possibilitar, inclusive, o resguardo das relações formadas por concubino(s) há muito separado(s) de fato do antigo cônjuge - das quais a jurisprudência já vinha retirando o cunho de adúlterinidade - desde que verificadas as condições impostas pelo referido art. 1º, já que nada impede possa haver nestas situações o objetivo de constituição da família.

Ademais, a necessidade de relação pública, já afastaria as incestuosas ou adúlteras, a não ser na hipótese de separação de fato prolongada de um dos parceiros, caso em que poder-se-ia preencher o requisito da publicidade.

A respeito desta questão, vale destacar as observações efetuadas por Renata Raupp Gomes:

Evidentemente, a liberdade do julgador em reconhecer a convivência não se tornou ilimitada, como pretendem alguns; antes, porém, encontra-se adstrita à intenção de constituição de família, sensível avanço em relação à Lei anterior ou, pelo menos, não tão suscetível a irreparáveis contradições. Paralelamente a toda subjetividade que envolve o ânimo ou não das partes em originar uma família, tem-se concretamente, por razões óbvias, elementos objetivos que, certamente, servirão para descaracterizar algumas uniões de fato como, por exemplo, a que se desenvolve entre duas

¹¹⁵ AZEVEDO, A. V. Com a promulgação da Lei nº 9.278, em 10 de maio de 1.996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, v. 11, p. 19, maio/jun. 1996.

peças quando uma ou ambas possuem outra família regularmente constituída e mantida (adultério) ...¹¹⁶

Também não se pode pensar que a inexistência de prazo pré-fixado ensejou o albergue de qualquer relação relativamente duradoura, eis que outras circunstâncias deverão ser analisadas pelo magistrado diante do caso concreto, pois o decurso de tempo, conforme já visto, não é o melhor critério para constatação de uma união estável, sob pena de excluir da apreciação jurisdicional várias alianças menos prolongadas, como vinha ocorrendo sob a égide da Lei anterior.

Entretantes, alguns doutrinadores encararam diferentemente o conteúdo do artigo primeiro da legislação, asseverando que um de seus problemas é não fixar prazo nem elementos que possam definir a aliança concubinária, alertando para o perigo de existirem divergentes julgamentos acerca de uma mesma matéria.

O art. 2º, em semelhança ao artigo 231 do Código Civil, determinou, como há tempo demandava a doutrina, direitos e deveres a serem observados pelos concubinos durante a convivência comum: respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca e guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

A exclusão da coabitação e da fidelidade deste elenco - posto que não consignadas de forma expressa - fez surgir aí mais um ponto polêmico no que tange à desnecessidade de tais elementos na aliança estável regulada pela Lei. Com relação à habitação sob o mesmo teto, instaurou-se menor polêmica em razão de ter a jurisprudência há muito deixado de inseri-la como componente principal das uniões concubinárias, até por força da Súmula nº 382, não obstante tal fato agora tenha sido contestado ante a "intenção de formar família" mencionada no preceito primeiro - o que parece despropósito, pois mesmo no casamento já mostrou-se dispensável a convivência *more uxorio*.

Quanto à fidelidade, questionaram-se os doutrinantes se estaria ou não contida na expressão "consideração e respeito mútuos", o que, todavia, não impedira de entendê-la ínsita à própria noção de "convivência com o objetivo de constituição da família", eis que a lealdade é o traço caracterizador por excelência da seriedade do relacionamento e, conseqüentemente, identificador da vontade de formar um organismo familiar.

Restaram vetados os arts. 3º e 4º, referentes ao possível contrato firmado entre os companheiros visando regular aspectos patrimoniais e pessoais (como estipulação de direitos e

¹¹⁶ GOMES, R. R. União estável conforme a Lei nº 9.78/96: questão pessoal ou institucional? *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 76, p. 79, 1996.

deveres além dos legalmente determinados) da união, inclusive dispondo acerca de sua averbação no Registro Civil e Imobiliário para fazê-lo valer em relação a terceiros, evitando-se, com isso, a criação do casamento contratual ou de 2º grau.

Entretanto, como ressalta Álvaro Villaça Azevedo, “mesmo com o veto presidencial não estão os conviventes impedidos de realizar contratos de convivência”, desde que as normas contratadas não contrariem o estabelecido em lei, as normas de ordem pública relativas ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais de direito.¹¹⁷

Sem dúvida, o dispositivo mais debatido da Lei nº 9278 foi o art. 5º, eis que revelou grande avanço em face da antiga legislação ordinária e revogou o art. 3º da Lei nº 8971/94, ao estabelecer que todos os bens adquiridos na constância do concubinato passam a pertencer a ambos os parceiros em partes iguais, tal como ocorre no regime de comunhão parcial de bens, dispensando, pois, a comprovação da colaboração para aquisição do acervo a ser partilhado.

Relativamente a tal norma, ressalta-se a inteligência de Sylvio Capanema de Souza:

É evidente que tal regime, que inclui tanto os bens móveis quanto imóveis, só se aplica a partir da vigência da Lei nº 9.278/96. Assim sendo, aqueles bens adquiridos por um dos companheiros antes de 10 de maio de 1.996 não serão alcançados por esta presunção de esforço comum, não se considerando em condomínio, e sua partilha, entre os companheiros, uma vez dissolvida a união, obedecerá às regras do sistema antigo, aplicando-se a Súmula 380 do STF, que exige a prova da efetiva contribuição para a aquisição.¹¹⁸

As críticas relativas a este preceito centraram-se na inconveniência de impor-se um determinado regime matrimonial às uniões concubinárias - o que é questionável, porquanto permitiu-se, a qualquer tempo, estipulação diversa em contrato escrito - quando aos cônjuges é dada a liberdade de optarem pela separação ou comunhão universal de bens, conforme entendimento de Antonio Silveira R. dos Santos, para o qual tal norma mostrou-se conflitante com o direito constitucional de propriedade:

Estamos frente a uma estranha forma de aquisição de propriedade por presunção, o que está em desacordo com o nosso sistema jurídico, o qual pressupõe um ato de vontade expresso do adquirente para adquirir um bem, não podendo ser considerado esse ato o fato de as pessoas viverem juntas.

¹¹⁷ Op. cit., p. 19.

¹¹⁸ SOUZA, S. C. de. A união estável e o seu Regime de Bens. *Advocacia Dinâmica - Boletim Informativo*, v. 47, p. 591, nov. 1996.

Não se pode confundir o regime de comunhão parcial previsto no artigo 269 do Código Civil com a situação existente na lei em questão, uma vez que os nubentes quando se casam naquele regime de bens, aceitam a partilha dos que forem adquiridos posteriormente, não se tratando aí de uma presunção, mas de uma adesão a um contrato de caráter público, ou seja, um ato de vontade, o que não ocorre com a nova lei, que presume a contribuição independentemente da vontade das partes envolvidas.¹¹⁹

Igualmente controvertida revelou-se a presunção de condomínio contida neste artigo, argumentando alguns que seria absoluta, ao passo que outros preferiram entendê-la como relativa, admitindo, pois, prova em contrário, como é o caso de Álvaro Villaça Azevedo.¹²⁰

O contrato a que se referiu a parte final do dispositivo, destinado a estabelecer a maneira de efetuar-se a divisão do patrimônio formado durante o concubinato, e podendo ser realizado antes ou na constância da convivência (enquanto no casamento o regime de bens é imutável), gerou indagações quanto à validade de normas contrárias à própria legislação e aos direitos nela consignados, mormente porque “silencia a lei quanto à forma desse contrato e a obrigatoriedade de sua inscrição em registro público, o que pode trazer graves conseqüências práticas, inclusive quanto a direitos de terceiros de boa fé.”¹²¹

Para Rainer Czajkowski, tal contrato dispensaria registro e testemunha, podendo ser parcial ou total, isto é, abranger parte ou a totalidade dos bens, e admitir inclusive a presunção, mas estipulando frações diferenciadas para cada um dos consortes.¹²²

De acordo com o § 1º do citado artigo, a aquisição patrimonial efetuada com o produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união - o que corresponde a uma sub-rogação real - restou afastada da presunção de condomínio, bem como, logicamente, os recebidos por doação ou herança.

Atribuiu-se a administração do patrimônio comum a ambos os parceiros (embora na prática nem sempre seja assim), pouco importando em nome de quem se encontram os bens, salvo, igualmente, estipulação contratual escrita em contrário, segundo prescrição do § 2º, do mesmo art. 5º. Todavia, como bem ressaltou Renata Raupp Gomes, “nada impede que o companheiro que possua bem imóvel em seu nome, ainda que se trate de aqüesto, proceda a

¹¹⁹ SANTOS, A. S. R. dos. Aquisição da Propriedade por Presunção. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 16 nov. 1996, p. 3-2.

¹²⁰ Op. cit., p. 20.

¹²¹ GOMES, R. R. Op. cit., p. 82.

¹²² Op. cit., p. 118-119.

sua venda, independentemente de autorização do outro, que, por força de lei, possui metade ideal do citado bem.¹²³

Também recebeu o veto presidencial o art. 6º, cujo conteúdo determinava as modalidades de extinção da união estável (por vontade das partes, por rescisão ou por denúncia do contrato e por morte), há muito já definidas pela doutrina.

O direito alimentar veio consagrado no art. 7º, que se refere justamente à rescisão - dissolução do enlace concubinário por inadimplemento culposos dos deveres previstos na Lei - como apta a gerar o pagamento de pensão alimentícia ao consorte inocente pela separação, deixando o entendimento de consideração da culpa quando do rompimento da união, para fins de pagamento do encargo alimentar, neste ponto, mostrando-se a novel legislação mais explícita do que a antecessora, mas ainda assim, bastante omissa e pouco objetiva, pois nem ao menos dispôs sobre a perda do direito no caso de nova união do concubino. De outra parte, totalmente oportuno o fato de não ter predeterminado um rito processual para o requerimento dos alimentos, circunstância presente e hostilizada na regulamentação anterior.

Ainda dentro do supracitado dispositivo, o parágrafo único tratou dos efeitos sucessórios da convivência, fixando o direito real de habitação - que implica na utilização gratuita de imóvel alheio - concedido ao consorte sobrevivente enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento (o texto anterior, ao tratar do direito de usufruto, falava somente em união), relativamente ao imóvel residencial, quando a causa terminativa do enlace for a morte de um dos parceiros.

Tal regra, por não ser incompatível com o art. 2º, da Lei 8971/94, não o revogou; no entanto, este último aplica-se somente às pessoas referidas no art. 1º da mesma legislação, subsistindo, assim, os requisitos objetivos fixados na disciplina anterior; mas preenchidas tais condições, entendeu a doutrina que o sobrevivente poderia optar entre o usufruto e o direito de habitação sobre o imóvel da residência familiar. Persistiu igualmente o direito de herdar a totalidade da herança quando não houverem descendentes ou ascendentes (inciso III).

Neste diapasão, prescreve Rainer Czajkowski que:

Se falece o parceiro da união estável, sem estar no estado de casado (separado de fato do antigo cônjuge), pode haver um entrelaçamento entre o direito sucessório do usufruto (Lei 8.971) e o de habitação (Lei 9.278). Quando o imóvel destinado à residência da família é o único desta natureza no espólio, incide o direito de habitação sobre todo ele, como é evidente. A expressão econômica deste direito, neste

¹²³ Op. cit., p. 82.

caso, é maior do que o usufruto da quarta parte ou da metade dos bens. Se, ao contrário, o patrimônio é maior, formado por diversos bens, inclusive residenciais, o usufruto da quarta parte ou da metade dos bens é mais abrangente do que o direito de habitação. É de prudência elementar, então, que se faça incidir o usufruto sobre um imóvel residencial destinado (ou destinável) à moradia da família, além de sobre outros bens.¹²⁴

Correspondendo ao art. 226, § 3º, da Constituição, embora não o explique de forma clara, o art. 8º estipulou a conversão da união estável em casamento como uma faculdade atribuída aos concubinos, implicando em duas indagações doutrinárias: a primeira acerca da utilidade deste preceito, posto que a própria legislação equiparou o matrimônio à união estável - talvez até conduzindo as pessoas a preferirem o enlace civil em detrimento de uma relação de fato; a segunda quanto à necessidade de observância do processo de habilitação previsto no Código Civil, eis que a Lei exigiu tão-somente o requerimento por parte dos conviventes ao Oficial do Registro Civil de seu domicílio - embora outra não possa ser a conclusão, pois a legislação não visou o absurdo de viabilizar a conversão do concubinato impuro em casamento oficial (como querem alguns autores), sendo possível afirmar-se que:

... ao ocorrer esse requerimento, certamente, referido oficial deverá abrir processo de habilitação para o casamento, com o cumprimento de todas as regras relativas ao casamento civil. Sim, porque a união estável não possui regras procedimentais para sua constituição. O concubinato constitui-se pelo próprio fato da convivência, com o intuito de criação de família.

Caso contrário, restará frustrada a figura do casamento civil, com todos os seus rigores; praticamente, bastará viver o casal em concubinato, algum tempo, sem qualquer formalidade, convertendo essa união de fato, também sem qualquer formalidade, em casamento civil.¹²⁵

Alguns juristas apontaram ainda mais um problema em relação a este dispositivo, suscitando sua inconstitucionalidade por permitir a conversão em casamento fora da Justiça de Paz.¹²⁶

Uma das mais importantes modificações da Lei nº 9278 encontra-se no art. 9º, que prescreveu a competência das Varas de Família para julgamento das ações referentes às relações estáveis (e, portanto, concedendo aos concubinos o segredo de justiça), encerrando,

¹²⁴ Op. cit., p. 148.

¹²⁵ AZEVEDO, A. V. Op. cit., p. 21.

¹²⁶ NUNES, E. Op. cit., p. 3-2.

finalmente, a divergência jurisprudencial em torno do tema que se arrasta desde a Carta Constitucional de 1988 até a recente Lei nº 8971/94.

Além desta inovação, exaltou Álvaro Villaça Azevedo outro benefício legal consistente no fato de que “poderá, agora, com maior segurança, um concubino pleitear contra o outro medida cautelar de separação de corpos, que vinha sendo admitida, com alguma relutância, pelo Poder Judiciário.”¹²⁷

Da mesma forma, considerando-se comum o patrimônio, o § 2º, do art. 5º, “fundamenta pedido de medida cautelar, ou de tutela antecipatória, para que, diante do rompimento da relação, um dos parceiros garanta a administração de seus bens.”¹²⁸

Também no âmbito do inventário facilitou-se ao parceiro sobrevivente comprovar sua condição e demandar sua quota-parte, sem precisar, muitas vezes, de ação própria para tal, posto que a Lei estabeleceu uma presunção de condomínio e não mais exigiu a demonstração do prazo quinquenal.

Entretanto, acerca da necessidade de intervenção do Ministério Público nas causas oriundas da união estável, persiste a polêmica, eis que nada mencionou a legislação, perdendo boa oportunidade para eliminar este problema.

Por fim, cabe ressaltar que a Lei nº 9278/96 revogou expressamente, em seu art. 11, as disposições contrárias da antecedente Lei nº 8971/94, de forma que se há uma coexistência entre tais diplomas legais não é porque um trata de uma espécie de relação estável e outro disciplina outra forma de união informal - o que não faz sentido, pois ambas surgiram com o mesmo objetivo, qual seja, o de regulamentar o art. 226, § 3º, da Constituição Federal - mas sim em razão da possibilidade de aplicação de algumas normas da legislação anterior que não confrontem com os direitos estabelecidos na nova Lei.

Assim, houve uma revogação na matéria alimentar, pois a Lei fixou o dever de assistência material recíproca e exigiu a culpa para pagamento do encargo alimentício, além de não ter feito qualquer menção quanto ao estado civil dos concubinos; e sucessória, permanecendo, conforme anteriormente estudado, o direito de usufruto consignado no art. 2º da Lei nº 8971/94 e o direito de herança sobre a totalidade dos bens, ante a inexistência de descendentes ou ascendentes.

Deixando de lado suas falhas e imprecisões, que ainda darão margem para muita discussão doutrinária e jurisprudencial, e dos vários temas que restaram pendentes de

¹²⁷ Op. cit., p. 22.

¹²⁸ CZAJKOWSKI, R. Op. cit., p. 121.

tratamento jurídico ou mesmo de um esclarecimento - eis que a legislação ordinária dever-se-ia limitar a fixar direitos básicos ditadores das relações concubinárias e efetivamente buscar a facilitação da conversão da união estável em casamento, o que não vem ocorrendo - é certo que o diploma infraconstitucional de 1996 buscou, acima de tudo, adequar o regime jurídico à realidade crescente dos relacionamentos de fato e, ao fazê-lo, acabou por instituir um novo momento para o concubinato no Brasil, iniciando mais uma fase em sua evolução, que continua a caminhar apressadamente, pois segundo noticiam os meios de comunicação, a vigente Lei deverá ser em breve revogada por outra, se aprovado o novo projeto de Lei que tramita no Congresso.¹²⁹

¹²⁹ RAMALHO, C. Os Limites do Amor. *Revista Manchete*, Rio de Janeiro, p. 36-39, 17 maio 1997.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade do tema objeto desta pesquisa não se possibilita firmar uma posição definitiva acerca das inúmeras questões relacionadas ao fenômeno social dos relacionamentos de fato, até porque, ao que tudo indica, novas e sucessivas fases darão seguimento ao processo de evolução do concubinato no Brasil.

Percebe-se, no entanto, que ainda são muitas as dificuldades no trato das matérias relativas à união estável, mesmo após a edição das Leis nº 8971/94 e 9278/96, pois tais diplomas infraconstitucionais não disciplinaram o assunto de forma adequada, revelando omissões em pontos essenciais e fazendo surgir várias indagações no que diz respeito ao conteúdo por elas regulado.

A falta de uma maior e indispensável cautela na elaboração de tais legislações tem sido o mais grave problema nesta importante etapa do desenvolvimento jurídico das relações concubinárias na sociedade brasileira, eis que a Constituição de 1988, em atenção ao contexto social do momento, consagrou a noção ampla de família e fixou diretrizes para a regulamentação e consolidação deste novo paradigma familiar, restando ao codificador ordinário a tarefa de seguir os passos traçados pela norma constitucional, possibilitando, assim, a aplicação integral do preceito contido no art. 226, § 3º, da Carta Magna atual.

Por certo, nenhuma lei, por mais perfeita que pareça ser, conseguirá esgotar o assunto de que trata, e nem lhe cabe ter a pretensão de disciplinar todos os ângulos da matéria a que se destina regular, porquanto se sabe impossível o Direito abarcar e juridicizar todas as situações humanas, dada sua dinamicidade e natureza fática. Todavia, a promulgação de sucessivas legislações sobre o mesmo objeto em curto espaço de tempo, indica uma incapacidade legal de solucionar aspectos mínimos oriundos dos relacionamentos informais, o que se afigura circunstância pouco compreensível, mormente em razão de se tratar de uma realidade bastante antiga, cujas questões mais relevantes já foram incansavelmente apreciadas pelos tribunais e reiteradamente debatidas pelos doutrinadores.

De qualquer forma, faz-se mister um conhecimento prévio por parte do legislador de que a disciplina que se pretenda dar às alianças concubinárias necessita ser correta o bastante para conciliar a liberdade inerente a tais espécies de uniões estáveis entre homem e mulher, à necessidade de regulamentação de alguns pontos fundamentais à segura e pacífica convivência entre seus membros, deixando todo o resto para posterior apreciação doutrinária e tratamento jurisprudencial, de forma a evitar, pois, o rigorismo da lei e a marginalização de relações que porventura não se enquadrem perfeitamente no tipo legal, já que ao intérprete da norma cabe analisar o caso concreto e fazer justiça diante da situação que lhe é apresentada.

Tal incumbência, sabe-se, não é simples, ao contrário, é missão das mais delicadas, e por isto requer um cuidado extremo, mas é preciso que o Estado efetivamente desempenhe com sucesso sua função de assegurar e preservar a base primária da sociedade, seja ela oriunda ou não do casamento, porque somente desta maneira ter-se-á a tão desejada e propalada harmonia entre a lei e os novos valores e postulados trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Espera-se, assim, após a realização deste breve estudo de todo o processo evolutivo do concubinato, contribuir, de algum modo, para demonstrar quão importante afigura-se uma melhor disciplina das relações de fato, verdadeiramente à altura do preceito constitucional, como também alertar os juristas e a sociedade em geral, acerca da imprescindibilidade de uma pronta adaptação das regras civis vigentes relativas à instituição do matrimônio ao contexto familiar que se consolida atualmente, pois não é mais possível, à beira do século XXI, conceber a família da forma restrita, por vezes até preconceituosa, tal como a define o Código Civil Brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU FILHO, José. O Direito de Família e a Nova Constituição. **Bahia Forense: legislação, doutrina e jurisprudência**, Salvador, v. 33, p. 34-39, jul./dez. 1990.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. União Estável: antiga forma do casamento de fato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 701, p. 7-12, mar. 1994.
- _____. Com a promulgação da Lei nº 9278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, v. 11, p. 14-26, maio/jun. 1996.
- BITTENCOURT, Edgar de Moura. **O Concubinato no Direito**. v. 1. Rio de Janeiro: Alba, 1961. 374p.
- _____. **Concubinato**. 2 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1980. 346p.
- CAHALI, Francisco José. **União Estável e Alimentos entre Companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996. 223p.
- CARVÃO, Patrícia Leite. A Partilha de Bens na União Estável. **Advocacia Dinâmica - Boletim Informativo**, v. 50, p. 637-638, dez. 1996.
- CASTELLO, José Carlos Bruzzi. União Estável - O legislador deve parar de complicar os relacionamentos daqueles que querem viver no exercício de suas liberdades. **Advocacia Dinâmica - Boletim Informativo**, v.44, p. 548-549, nov. 1996.
- CENEVIVA, Walter. Fim do Casamento. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 maio 1996, p.3-2.
- CHAVES, Antônio. Do Concubinato à Família de Fato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 623, p.13-17, set. 1987.

- COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *Novos Aspectos Relativos à União Estável*.
In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Repertório de Doutrina e Jurisprudência sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 29-43.
- COSTA, Maria Isabel Pereira da. *A Filiação e a Nova Constituição Federal*.
Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, v. 45, p. 109-117, mar. 1989.
- CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 486p.
- CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**. Curitiba: Juruá, 1996. 205p.
- DIAS, Adahyl Lourenço. **A Concubina e o Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 370p.
- DIBO NETO, Azize. *A Lei da Mulher*. **Diário Catarinense**, Florianópolis, 14 jun.1996, p. 2.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 392p.
- DÚVIDAS não solucionadas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 31 ago. 1996, p. 3-2.
- FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Novos Rumos para o Concubinato*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 327, p. 292-296, jul./set. 1994.
- _____. *A Nova Constituição e seus Reflexos no Direito de Família*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 304, p. 93-98, out./dez. 1988.
- FERNANDES, Milton. *A Família na Constituição de 1988*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 172, p. 32-44, fev. 1992.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1838p.
- FRIGINI, Ronaldo. *O Concubinato e a Nova Ordem Constitucional*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 686, p. 55-64, dez. 1992.
- GALBIATTI, Ricardo. *Estrutura Jurídica das Sociedades de Fato entre Concubinos*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 678, p. 65-70, abr. 1992.

- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 455p.
- GOMES, Renata Raupp. O Casamento Alternativo. **A Notícia**, Joinville, 6 jun. 1996, p.3.
- _____. União Estável conforme a Lei nº 9.278/96: questão pessoal ou institucional? **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 76, p. 77-87, 1996.
- LAGO, Rudolfo. Projeto Cria Nova Forma de Casamento. **Diário Catarinense**, Florianópolis, 12 maio 1996, p. 49.
- LEI acaba com a união estável. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 31 ago. 1996, p. 3-2.
- LENZI, Carlos Alberto Silveira. Regulamentando o Concubinato. **O Estado**, Florianópolis, 13 jun.1996, p. 2.
- LIAISONS Dangereuses. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 ago. 1996, p. 3-2.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 339p.
- NADER, Natal. O Direito de Família na Constituição Federal de 1988. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 18, p. 29-38, dez. 1989.
- NUNES, Eunice. Nova Lei Regula a Vida de Quem Mora Junto sem Casar. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 ago. 1995, p.3-2.
- _____. Instituto Pede Ação Contra a Nova Lei do Concubinato. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 31 ago. 1996, p.3-2.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de, AMORIM, Sebastião Luiz. Concubinato, Companheiros: Novos Rumos. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). In: **Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 71-100.
- OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **O Concubinato e a Constituição Atual**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. 231p.
- PARIZATTO, João Roberto. **O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. 122p.

- PEDROTTI, Irineu Antonio. **Concubinato - União Estável**. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995. 318p.
- PEREIRA, Áurea Pimentel. **A Nova Constituição e o Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. 154p.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 292p.
- PEREIRA, Cilene, TEIXEIRA, Paulo César. Unidos para sempre ou até que o patrimônio os separe. **Revista ISTOÉ**, São Paulo, p. 48-53, 17 abr. 1996.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 167p.
- _____. É Necessário Ser Fiel? **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1º jun.1996, p 3-2.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Direito de Família na Nova Constituição - algumas questões. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.151, p. 5-13, maio 1990.
- PROJETO de lei cria 'Estatuto do Concubinato'. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 19 mar. 1996, p. A-16.
- RAMALHO, Cristiane. Os Limites do Amor. **Revista Manchete**, Rio de Janeiro, p. 36-39, 17 maio 1997.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Casamento e Concubinato - Efeitos Patrimoniais**. Rio de Janeiro: Aide, 1985. 321p.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 404p.
- _____. Concubinato - Lei Nova. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 6 mar. 1996, p. 3-2.
- SAMARA, Eni de Mesquita. **As Mulheres, o Poder e a Família - São Paulo, Século XIX**. São Paulo: Marco Zero, 1989. 193p.
- SANTOS, Antonio Silveira R. dos. Aquisição da Propriedade por Presunção. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 nov. 1996, p. 3-2.
- SILVA, Américo Luís Martins da. **A Evolução do Direito e a Realidade das Uniões Sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. 398p.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. I e II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 526p.

- SILVA, Roberto de Abreu e. A União Estável e os Deveres do Casamento - Reflexões sobre a Lei 8.971, de 29-12-94. **Advocacia Dinâmica - Boletim Informativo**, v. 50, p. 638-642, dez. 1996.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. A União Estável e o seu Regime de Bens. **Advocacia Dinâmica - Boletim Informativo**, v.47, p. 590-591, nov. 1996.
- VILLELA, João Baptista. Concubinato e Sociedade de Fato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.623, p. 18-26, set. 1987.
- WISEU JUNIOR, Júlio Cesar. O Estatuto da Relação Concubinária. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord). **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo; Saraiva, 1989. p. 136-152.
- WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973. 199p.

ANEXOS

ANEXO 1

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - PROMULGADA EM 5 DE OUTUBRO DE 1988

Capítulo VII

DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO

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

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

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

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

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

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins;

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

ANEXO 2

LEI N. 8.971 - DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994

Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prova a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

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(a) 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 de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Itamar Franco - Presidente da República.

Alexandre de Paula Dupeyrat Martins.

ANEXO 3

LEI N. 9.278 - DE 10 DE MAIO DE 1996

Regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

- I - respeito e consideração mútuos;
- II - assistência moral e material recíproca;
- III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3º (Vetado).

Art. 4º (Vetado).

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do “caput” deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 6º (Vetado).

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

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

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Fernando Henrique Cardoso - Presidente da República.

Milton Seligman.

ANEXO 4

ANTEPROJETO DE LEI - ESTATUTO DA UNIÃO ESTÁVEL¹³⁰

Regula o art. 226, § 3º, da Constituição Federal

Conceito

Art. 1º. É reconhecida como união estável a convivência, por período superior a cinco anos, sob o mesmo teto, como se casados fossem, entre um homem e uma mulher não impedidos de realizar matrimônio ou separados de direito ou de fato dos respectivos cônjuges.

Parágrafo único. O prazo previsto no **caput** poderá ser reduzido a dois anos quando houver filho comum.

Direitos e Deveres

Art. 2º. Decorrem da união estável os seguintes direitos e deveres para ambos os companheiros, um em relação ao outro:

- I. Lealdade.
- II. Respeito e consideração.
- III. Assistência moral e material.

Regime legal de bens

Art. 3º. Salvo estipulação contrária, os bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente por qualquer dos companheiros, na constância da união estável, obedecerão às disposições sobre o regime da comunhão parcial estabelecidas no Código Civil e leis posteriores, abrangendo direitos, deveres e responsabilidades. As doações feitas por um deles ao outro presumem-se adiantamentos da respectiva meação.

¹³⁰ Publicado no Diário Oficial em 2 out. 1996, seção 1, p. 19713.

Regime convencional

Art. 4º. As partes poderão, a qualquer tempo, reger as suas relações patrimoniais, de modo genérico e específico, por escritura pública de atribuição de titularidade de bens e obrigações, devendo o respectivo instrumento ser registrado no registro de imóveis do seu domicílio e, se for o caso, averbado no respectivo ofício do local onde os imóveis forem localizados.

Parágrafo único. As estipulações contidas na escritura somente se aplicarão para o futuro, regendo-se os negócios jurídicos anteriormente realizados pelos companheiros segundo o disposto nesta Lei, sem prejuízo da liberdade das partes de partilhar os bens, de comum acordo, no momento da dissolução da entidade familiar.

Relações com terceiros

Art. 5º. Nos instrumentos que vierem a firmar com terceiros, os companheiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto de negociação. Não o fazendo, ou sendo falsas as declarações, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos entre os companheiros e aplicando-se as sanções penais cabíveis.

Alimentos

Art. 6º. Dissolvida a união estável, o Juiz poderá, considerando o disposto no art. 2º e demais circunstâncias, determinar sejam prestados alimentos por um dos companheiros ao outro, que deles necessitar, nos termos da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto o credor não constituir nova entidade familiar.

Direitos sucessórios: do usufruto

Art. 7º. Desde que vigente a união estável no momento do falecimento, o companheiro sobrevivente terá direito, inafastável pela vontade das partes, enquanto não constituir nova união:

a) ao usufruto da quarta parte do patrimônio líquido do falecido adquirido durante a união estável, se concorrer com os seus descendentes;

b) ao usufruto da metade do patrimônio líquido do falecido adquirido durante a vigência da união estável se concorrer com os seus ascendentes;

c) ao usufruto da totalidade do patrimônio líquido do falecido adquirido durante a união estável se o *de cuius* não tiver parentes em linha reta vivos;

d) ao direito real de habitação ou ao direito de sucessão na locação no imóvel destinado à família no qual ambos os companheiros moravam.

Parágrafo único. No caso de existirem herdeiros legítimos do *de cuius*, se o companheiro sobrevivente tiver sido contemplado, em testamento, com bens de valor igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto, em virtude desta Lei, não lhe serão atribuídos os direitos assegurados pelo presente artigo, salvo se o testador determinar que sejam cumulados com a verba testamentária

Da vocação sucessória

Art. 8º. Não havendo testamento, nem ascendentes nem descendentes vivos do *de cuius*, defere-se a sucessão ao companheiro.

Conversão em casamento

Art. 9º. Os companheiros poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, desde que cabível, mediante petição ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio, juntando os documentos previstos no art. 180 do Código Civil, devendo as testemunhas certificar a existência da união estável e sua duração, sob as penas da lei, dispensando-se os proclamas e os editais.

Disposições gerais e transitórias

Art. 10. A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 é modificada nos seguintes termos:

a) o art. 167, inciso I, alínea 12, passa a ter a seguinte redação:

“12. Das convenções antinupciais e dos pactos de titularidade de direitos e obrigações decorrentes de união estável.”

b) o art. 167, inciso II, alínea 1, passa a ter a seguinte redação:

“1) Das convenções antinupciais e do regime de bens diversos do legal e dos pactos de titularidade de direitos e obrigações decorrentes de união estável nos registros referente a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges ou dos

companheiros, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento ou à existência de união estável.”

Art. 11. No prazo de noventa dias, as leis de organização judiciária e os regimentos dos tribunais farão as adaptações necessárias decorrentes da presente Lei.

Art. 12. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente as Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996.

ANEXO 5

JURISPRUDÊNCIAS

5.1 Remuneração por serviços prestados e partilha do patrimônio comum

Indenização. Ação da concubina contra o ex-companheiro. Vida em comum devidamente comprovada. Pedido julgado improcedente. Sentença reformada. Inexistência de bens partilháveis. Pretensão acolhida.

Na inexistência de patrimônio formado pelo esforço comum, no curso da sociedade concubinária, devem ser indenizados os serviços domésticos prestados pela concubina, uma vez comprovados. (Ap. Cível nº 23.639, de Joinville, Rel. Des. Napoleão Amarante, j. em 07.11.85 - JC 51/104).

Sociedade de fato. Partilha. União estável. Se a concubina contribuiu efetivamente para a aquisição dos bens do casal, mesmo que seja com trabalho meramente doméstico, justo que se lhe reconheça o direito à meação aos mesmos, adquiridos na constância da sociedade de fato. (Ap. Cível nº 592114458, de Porto Alegre, Rel. Des. Waldemar Luiz de Freitas Filho, j. em 14.04.93 - ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: aspectos

constitucionais, civis e processuais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 469-472).

Morte do concubino. Partilha de bens. Se a concubina contribuiu para a formação do patrimônio, mesmo sendo por labor doméstico, terá ela direito não só a indenização, como também, à partilha de bens. (Ap. Cível nº 120.504-1, de Belo Horizonte, Rel. Des. Tenisson Fernandes, j. em 26.03.92 - ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 445-447).

Concubina. Participação pretendida nos bens do ex-companheiro, além de pagamento dos serviços prestados. Concessão destes apenas. Preliminar de prescrição bienal repelida. (Ap. Cível nº 195.521, de São Paulo, Rel. Des. Médici Filho, j. em 06.05.71 - RT 431/77).

Sociedade de fato. Sociedade inexistente. Em ação de partilha de bens adquiridos na relação *more uxorio*, se o autor não conseguiu provar esforço comum entre os concubinos na aquisição dos bens, não há que se partilhar os mesmos por inexistência de sociedade de fato. (Ap. Cível nº 10.673-6, de Curitiba, Rel. Des. Cordeiro Machado, j. em 29.05.90 - ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família:

aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 474-476).

Partilha. Réu casado. Não se admite partilha de bens quando o concubino é legalmente casado, ainda que exista efetivamente sociedade de fato com a concubina, pois isso implicaria em prejuízo à família legitimamente constituída. (Ap. Cível nº 498/87, de Curitiba, Rel. Des. Osiris Fontoura, j. em 15.12.87 - ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 449-454).

5.2 Alimentos

Prestação de serviços. Se a concubina, que prestou serviços domésticos durante a vida concubinária a seu companheiro, foi abandonada por este, há que se pagar alimentos, necessitando ela destas para a sua manutenção. (Ag. de Instrumento nº 259/89, de Curitiba, Rel. Des. Silva Wolff, j. em 29.08.89 - ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 454-455).

Concubinato. Alimentos. Dívida. Inocorrência. Hipótese de simples execução de ajuste feito por concubinos ao ensejo da separação. Inexistência, ademais, de qualquer vício de nulidade, devendo o apelante cumprir aquilo que eficazmente prometeu.

Recurso não provido. Voto vencido. (Ap. Cível nº 95.426-1, de São Paulo, Rel Des. Alexandre Loureiro, j. em 08.12.88 - RJTJESP 119/27).

Sociedade de fato. Alimentos provisionais ao homem. Rito processual. Valor da causa.

Pelo art. 226, § 3º, da nova CF, a família á constituída não apenas pelo casamento, mas também por uma convivência estável entre o homem e a mulher, cabendo-lhes mútua assistência.

Faz jus a alimentos provisionais o varão que se tornou inválido ou teve acentuada redução em sua capacidade de trabalho. (Ag. de Instrumento nº 588048348, de Alegrete, Rel. Des. Flávio Pâncaro da Silva, j. em 06.09.88 - RJTJRS 136/139).

Concubina. Alimentos pleiteados. Inadmissibilidade. Inexistência de obrigação legal em favor da companheira. Inteligência do art. 226, § 3º, da CF. Carência de ação decretada.

Não pode a ex-concubina, extinto o concubinato, exigir alimentos do ex-companheiro com base no art. 226, § 3º, da CF.

Ademais, no direito brasileiro, a jurisprudência vem decidindo sistematicamente pela inexistência da obrigação legal de alimentos em favor da companheira. É que o fundamento da obrigação alimentar, existente entre os cônjuges, não se estende aos participantes das uniões livres, *more uxorio*. (Ap. Cível nº 182.402-1/8, de São Paulo, Rel. Des. Flávio Pinheiro, j. em 20.12.94 - RT 715/123).

5.3 Cautelares

Concubinato. Separação de corpos. Inadmissibilidade. Medida Cautelar que pressupõe sociedade conjugal. Inexistência, ademais, de dever legal de coabitação entre concubinos. Carência decretada.

A separação de corpos é incidente específico das ações de estado, nelas não se incluindo as derivadas do concubinato ou das sociedades de fato. Seu principal escopo é fazer cessar, para os cônjuges, as obrigações decorrentes do matrimônio. Na união concubinária, ao que se afasta voluntariamente nada o obriga a retornar ou permanecer na casa: Inexiste dever legal de coabitação ou sanção para o abandono. (Ap. Cível nº 120.329-1, de São Paulo, Rel. Des. Alves Braga, j. em 22.03.90 - RT 655/79).

Afastamento do concubino ou ex-concubino da morada do casal.

Pode o juiz determinar o afastamento do concubino, se necessário à paz da família e ao interesse dos filhos. Apartamento de propriedade da mulher. Medida cautelar proposta pela mulher, deferida liminarmente. Agravo desprovido. (Ag. de Instrumento nº 585017908, de Porto Alegre, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. em 04.06.85 - RJTJRS 111/222).

Inventário. Bens. Reserva. Garantia do quinhão da concubina. Inadmissibilidade. Inaplicabilidade do artigo 1.001 do Código de Processo Civil, que deve ser entendido restritivamente como só cabível ao

quinhão dos herdeiros. Recurso provido. (Ag. de Instrumento nº 78.115-1, de Jacareí, Rel Des. Yussef Cahali, j. em 14.10.86 - RJTJESP 106/319).

Inventário. Meação de concubina. Reserva de bens. Pedido indeferido pelo juiz. Apelação provida.

Em dadas circunstâncias pode ser deferido pedido de reserva de bens feito por concubina do “de cujus” em processo de inventário. (Ap. Cível nº 1.940-1, de São Paulo, Rel. Des. César de Moraes, j. em 25.03.80 - RT 542/69).

Inventário. Arrolamento. Suspensão do andamento. Reserva da meação pretendida pela companheira do “de cujus” através de ação de reconhecimento de sociedade de fato. Indeferimento. Inaplicabilidade do art. 1.001 do CPC.

Eventual ação de reconhecimento de sociedade de fato, pela sua natureza, escapa à via estrita de um arrolamento, somente passível de apreciação através de ação ordinária. Tal ação não impede o prosseguimento do inventário, nem mesmo permite a reserva de bens, não tendo, portanto, aplicação à espécie o disposto no art. 1.001 do CPC, nem mesmo por analogia, por não atingir quem não seja herdeiro. (Ap. Cível nº 63.203-1, de São Paulo, Rel. Des. Olavo Silveira, j. em 19.09.85 - RT 603/76).

Medida cautelar. Bens. Arrolamento. Ajuizamento por concubino. Patrimônio construído no curso da sociedade de fato. Bens postos em nome da mulher. Irrelevância. Prévia aferição da viabilidade de êxito

na ação principal que não constitui condição de admissibilidade da cautelar. Artigo 856, § 1º, do Código de Processo Civil. Presença, ademais, do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Arrolamento deferido. Recurso provido para esse fim. (Ap. Cível nº 126.869-1, de São Paulo, Rel. Des. Marcus Andrade, j. em 13.09.90 - RJTJESP 132/199).

5.4 Seguro de vida, doação e legado instituídos em benefício da concubina

Seguro. Beneficiário. Instituição em favor da companheira. Segurado separado de fato da esposa e que com ela convivia “more uxorio” há vários anos. Pretendido recebimento do benefício pela esposa legítima. Inadmissibilidade. Distinção entre concubina e companheira. Violação a lei federal não configurada. Recurso extraordinário não conhecido. Inteligência dos arts. 1.177 e 1.474 do CC. Voto vencido.

Não viola a regra disposta no art. 1.474, c/c o art. 1.177, do CC a instituição do benefício do seguro em favor de companheira, que se distingue da concubina, já que tais dispositivos protegem a família juridicamente constituída e subsistente, e não a que, na realidade, se acha desfeita. (Recurso Extraordinário nº 104.618-0, de Brasília, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 08.04.86 - RT 610/249).

Concubina. Seguro instituído pelo companheiro. Partilha igual entre a esposa legítima e os filhos havidos do convívio do “de cujus” com outra

mulher. (Ap. Cível nº 60.890, de Belo Horizonte, Rel. Des. Ayrton Maia, j. em 29.03.83 - RT 586/176).

Testamento. Legado instituído à companheira. Distinção desta com a figura da concubina. Vínculo “more uxorio” também protegido pela CF no art. 226, § 3º. Proibição constante no art. 1.719, III, do CC que deve ser interpretada restritivamente, não devendo ultrapassar a necessidade de proteção da família legítima, bem jurídico tutelado. Anulação indeferida.

Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado, em disposição de última vontade, em exegese restritiva do art. 1.719, III, do CC. (Recurso Especial nº 196, de Brasília, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 08.08.89 - RT 651/170).

Concubinato. Legado de homem casado.

É válido o legado de homem casado à sua concubina, se o ato não ofende a família legítima. Art. 1.719, III, do CC. Apelo improvido. Recurso adesivo não conhecido por intempestivo. (Ap. Cível nº 585026743, de Porto Alegre, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. em 04.02.86 - RJTJRS 115/317).

Ação ordinária de anulação e reivindicação de doações à concubina. Falta de prova das alegações da autora. Sociedade de fato entre concubinos

demonstrada. Existência de prova da constituição do patrimônio por ambos os concubinos. Pedido inicial julgado improcedente. Sentença confirmada.

É dever daquela que objetiva a anulação e reivindicação de doações feitas à concubina, provar a inexistência de sociedade de fato entre concubinos, e *in casu* que as doações feitas pelo concubino foram simuladas.

“O longo tempo da união, a comunhão de vida e de interesse, a colaboração da concubina e seus esforços no lar comum ou nos negócios do companheiro - são fatores que unidos ou isolados, podem constituir indícios ou presunções da existência da sociedade de fato oriunda de concubinato” (JC - vol. 46 - pág. 256). (Ap. Cível nº 22.920, de Joinville, Rel. Des. Ernani Ribeiro, j. em 10.09.85 - JC 51/120).

União livre. Bens adquiridos pelo parceiro em nome da companheira. Estado de casado do varão, mas com longa separação de fato da esposa. Falecimento dele. Ação anulatória das “doações”, pela viúva. Inexistência de direitos da autora sobre estes bens. Distinção entre concubina e companheira. Improcedência. CCB, art. 1.177, inaplicável. (Ap. Cível nº 75486-4, de Belo Horizonte, Rel. Des. Capanema de Almeida, j. em 10.11.88 - JB 173/149).

5.5 Competência

Uniformização de jurisprudência. Conflito de competência entre a Vara Cível e a de Família,

**Órfãos e Sucessões. Sociedade de fato.
Reconhecimento da divergência.**

A competência para o julgamento das ações decorrentes da união estável entre o homem e a mulher é da Vara da Família, Órfãos e Sucessões, onde houver. (Pedido de Uniformização de Jurisprudência nº 32, da Capital, Rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 17.10.94 - JC 73/520).

**Conflito negativo de competência. Concubinato.
Ação de dissolução de sociedade e partilha de bens
ou indenização. Matéria de natureza obrigacional,
estranha ao direito de família. Competência das
Varas Cíveis não especializadas.**

As ações dessa natureza não integram o elenco das atribuições das Varas de Família, conforme o disposto no art. 96, do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina. Competência, portanto, para julgar ação relativa a concubinato é o Juízo da Vara Cível. (Conflito de Competência nº 566, de Blumenau, Rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 14.06.94 - JC 72/460).

**Conflito de competência. Concubinato. Ação de
dissolução de sociedade de fato. Incidência do artigo
226, § 3º, da Constituição Federal. Competência da
Vara da Família para conhecer do feito e julgá-lo.
Conflito precedente. (Conflito de Competência nº 590,
de Blumenau, Rel. Des. Torres Marques, j. em 19.04.94
- JC 72/464).**

5.6 Intervenção do Ministério Público

Ministério Público. Intervenção. Meação de bens em concubinato. Ilegitimidade. Partes *sui jures* que disputam direitos patrimoniais. Inocorrência de equiparação do concubinato à família pelo artigo 226 da Constituição da República de 1988. Recurso não conhecido. (Ap. Cível nº 108.106-1, de São Paulo, Rel. Des. Alves Braga, j. em 02.03.89 - RJTJESP 119/188).

5.7 Lei nº 8971/94

Inventário. Reserva de bens sob a alegação de concubinato e indeferimento do rito de arrolamento por ter sido interditada a pretendida concubina. Inviabilidade. Superveniência da lei federal 8971, de 29 de dezembro de 1994, regulando o direito dos companheiros à sucessão. Inaplicabilidade por não estar comprovado o concubinato com mais de cinco anos. Agravo provido para cassar a reserva dos bens e propiciar o rito de arrolamento.

A reserva de bens em inventário, com fundamento no Código de Processo Civil (art. 1001), exige a preterição de quem sustente a qualidade de herdeiro. Nessa situação não está quem se intitula concubina sem comprovar os requisitos da lei 8971/94, e cuja definição depende do julgamento de ação própria, já proposta. Sem poder participar da sucessão, sua interdição não impede o rito de arrolamento. (Ag. de Instrumento nº 0040103-8, de Pitanga, Rel. Des. Troiano Netto, j. em 27.09.95 - DJPR, 16.10.95, pág. 08).

União estável. Esposa eclesiástica. Convivência “more uxorio” durante mais de 35 anos. Indeferimento do pedido inicial de abertura de inventário pelo falecimento do companheiro e extinção do processo. Inadmissibilidade. Apelo provido.

Houve uma grande evolução no direito de família, tendo o atual texto constitucional retirado a união estável do limbo da sociedade de fato, para dar-lhe o “status” de entidade familiar.

O nosso direito positivo só autoriza o reconhecimento da posse de estado de casados, falecendo ambos os cônjuges, para proteger a prole comum (art. 203, do Cód. Civil). Mas, diante do texto constitucional, é possível a sua interpretação extensiva, para reconhecê-la, no caso de falecimento de um dos concubinos, autorizando o supérstite a pleitear os seus direitos em processo de inventário, sobretudo face o advento da Lei nº 8.971, de 29/12/94. (Ap. Cível nº 0031688-7, de Ponta Grossa, Rel. Des. Munir Karam, j. em 27.03.96 - DJPR, 15.04.96, págs. 18/19).

Agravo de instrumento. Ação alimentícia. Despacho concessivo de alimentos provisórios. Revisão. Concubinato. Recurso provido.

A concubina, mesmo já separada, pode pedir alimentos ao concubino-varão, desde que haja prole comum e estejam presentes os demais requisitos previstos no art. 1º da Lei nº 8.971, de 29.12.94.

São devidos alimentos desde que, comprovadamente, sejam necessários à subsistência do alimentando e

possam ser suportados pelo alimentante sem prejuízo à sua própria manutenção.

Se o acionado, na ação de alimentos, demonstra já estar pagando verba alimentícia ao filho havido do concubinato desfeito, e, ainda, que são poucos os seus recursos financeiros remanescentes, merece* exonerado temporariamente do encargo alimentar exigido e deferido à ex-concubina. (Ag. de Instrumento nº 10.485, da Capital, Rel. Des. Eládio Torret Rocha - DJSC, 10.06.96, pág. 11). *de acordo com o original.

Dúvida de competência. Ação de reconhecimento de sociedade de fato c/c partilha de bens. Inteligência da Lei Federal nº 8.971/94 e Resolução nº 247/95 do TJMG.

A Resolução nº 247/95, da Corte Superior do TJMG, dispondo sobre a competência para o processamento e o julgamento das ações fundadas na Lei Federal nº 8.971/94 e sobre os recursos decorrentes de sua aplicação, não estende suas disposições a toda e qualquer ação relativa à união concubinária, mas tão-somente às ações fundadas naquela lei, não se devendo confundir ações relativas à herança e alimentos com ações em que se discuta obrigações patrimoniais. Ação relativa à união concubinária não passou a ser ação de estado ou litígio sobre o Direito de Família, razão pela qual permanece a competência das Varas Cíveis para dela conhecer e do Colendo Tribunal de Alçada para conhecer de recursos em feitos desta natureza. Sendo a partilha resultante de ação de reconhecimento de sociedade de fato, não se reveste de cunho alimentício e não se confunde com a partilha processada em razão de

abertura de sucessão, não sendo razoável supor que a Lei Federal nº 8.971/94, ao instituir direitos recíprocos a alimentos e à sucessão hereditária entre companheiros, tenha alcance sobre todas as ações judiciais de uniões concubinárias, inclusive as referentes à partilha de bens por dissolução de sociedade de fato. (Dúvida de Competência nº 54.068/2, de Uberlândia, Rel. Des. Monteiro de Barros - DJMG II, 28.11.95, pág. 05).

Sociedade de fato. União estável. Conflito de competência. Competência do Juízo de Família. Lei nº 8.971, de 1994.

Nas ações relativas à união estável, a competência “ratione materiae” é do Juízo das Varas Especializadas em matéria de Família, porque a Lei nº 8.971/94 equiparou o companheiro ou companheira ao cônjuge, reconhecendo tal união entre o homem e a mulher como um núcleo familiar e ampliou, também, o universo dos beneficiários dos direitos regidos pela Lei nº 5.478/68. (Conflito de Competência nº 25/95, do Rio de Janeiro, Rel. Des. Geraldo Batista, j. em 20.06.95, DOERJ III, 05.10.95, pág. 264).