

CONJUGALIDADE SEM CASAMENTO

A genealogia do concubinato no Brasil: demarcações para superação de um *lugar de não-direito*

CONJUGALITY WITHOUT MARRIAGE

The genealogy of concubinage in Brazil: notes on overcoming to a *place of no law*

Marcos Alves da Silva^{*}

RESUMO

O artigo destaca facetas peculiares da genealogia do *concubinato* no Brasil, fazendo análise da apropriação deste conceito pelo discurso jurídico tradicional na construção de um *lugar de não direito*, no sentido que Jean Carbonnier emprestou à expressão. A hipótese de trabalho é de que o princípio da monogamia durante séculos abalizou e legitimou a marginalização de um significativo número de famílias. O exercício de reflexão posto em curso exigiu interlocução com a história das famílias no Brasil e a utilização do conceito de *concubinato* por civilistas que marcaram o desenvolvimento do Direito Civil pátrio. Posta sob exame a regulação da união estável no Código Civil de 2002, evidenciado fica que os estigmas do concubinato foram transpostos para a união estável e o regramento do casamento foi tomado como o grande referencial mesmo para uma conjugalidade nascida de união sem matrimônio. A análise crítica realizada no desenvolvimento do texto aponta em duas direções. Primeira, a necessidade da superação do estigma que pairou durante séculos em relação à conjugalidade sem casamento, pois, ainda que tratada como entidade familiar, a união estável ainda figura no Código Civil brasileiro como uma família de segunda classe. A segunda diz respeito à necessidade de emancipar a união estável do matrimônio. Assim, a título de conclusão sustenta-se a tese da necessidade da construção de uma nova concepção jurídica autóctone de conjugalidade desvincilhada dos moldes estritos do casamento. Sem pretender apresentar conclusões definitivas, o artigo apenas sinaliza uma demanda premente para o Direito das Famílias brasileiro contemporâneo: o desenvolvimento de um tratamento jurídico das conjugalidades sem casamento que compreenda as famílias de nossos dias, sem apego às regras milenares ou seculares que cercam o casamento.

ABSTRACT

The article highlights unique facets of the genealogy of concubinage in Brazil, making analysis of the appropriation of this concept by traditional legal discourse in the construction of a place of no right, in the sense that Jean Carbonnier lent expression. The working hypothesis is that the principle of monogamy for centuries legitimized the marginalization of a significant number of families. The reflection exercise ongoing post demanded dialogue with the history of families in Brazil and use the concept of concubinage by civilists that marked the development of civil patriotic. Put under scrutiny the regulation of stable union in the Civil Code of 2002, is evidenced that the stigma of concubinage were transferred into the stable and the rules of marriage was taken as the great reference even for a conjugal union born without marriage. A critical analysis performed in developing the text points in two directions. First, the need to overcome the stigma that hung for centuries in relation to marriage without conjugal because, although treated as a family unit, the stable still figure in Brazilian Civil Code as a family of second class. The second concerns the need to emancipate the stable union of marriage. Thus, by way of conclusion supports the thesis of the necessity of building a new conception of indigenous legal marital rickety molds strict wedding. Without wishing to present definitive conclusions, the article only signals an urgent demand for the Law of contemporary Brazilian Families: the development of a legal treatment of marriage conjugalities without comprising the families of our days, without attachment or secular ancient rules surrounding marriage.

PALAVRAS CHAVES: concubinato, casamento, monogamia, união estável, dominação masculina, marginalização, discriminação, autonomia privada nas situações subjetivas co-existenciais.

KEYWORDS: cohabitation, marriage, monogamy, civil union, male domination, marginalization, discrimination, private autonomy in co-existential subjective situations.

* Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2012). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2001). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1995). Professor de Direito Civil integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do Centro Universitário de Curitiba - UNICURITIBA. Professor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Professor da Fundação Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Advogado em Curitiba - PR.

Nesta terra há um grande pecado que é terem os homens quase todos suas negras por mancebas.

Padre Manuel da Nóbrega

Questão fundamental a ser enfrentada, na reflexão que ora se propõe, diz respeito ao instituto do concubinato no Brasil, construído como um *lugar de não-direito*,¹ forjado à margem do casamento, abalizado e legitimado pelo princípio da monogamia. Não se trata de pura e simples descrição jurídica do concubinato. Muito diferente do modelo europeu, o concubinato, no Brasil, tem peculiaridades históricas que não podem ser desprezadas. Construído socialmente sob o signo da marginalidade, da discriminação e de certa moralidade hipócrita, foi ignorado e/ou apreendido pelo discurso jurídico de variadas formas. Quando algum efeito positivo era imputado ao concubinato, constituía uma espécie de concessão, de admissão limitada, excepcional do que era, por excelência, marginal.

É impossível estudar seriamente o concubinato, no Brasil, sem considerar o seu lugar social, construído na concretude dos fatos, mas também no imaginário social que sempre o admitiu, ao mesmo tempo que o fez invisível e imperceptível à ordem jurídica, exceto enquanto fator negativo a propiciar nulidades de certos negócios jurídicos.

Na justificação da marginalidade ou invisibilidade a que foi condenado o concubinato sempre compareceu discurso jurídico assentado no princípio da monogamia. Assim, para apurar como a monogamia é concebida e convertida em princípio estruturante do estatuto jurídico da família, torna-se imprescindível decifrar o processo que engendrou a marginalização do concubinato e como sua libertação, na união estável, indica na direção da superação de seu princípio justificador: a monogamia.

1 Concubinato e matrimônio no Brasil: fontes da discriminação

O concubinato é por excelência o principal subproduto da monogamia. Engels já havia detectado esse fato. Ele recupera a reflexão de Morgan, definindo *heterismo* como “as relações extraconjugais — existentes junto com a monogamia — dos homens com mulheres

¹ Para Jean Carbonnier, que trabalhou amplamente o conceito de não-direito, este surge fundamentalmente da auto-limitação que o próprio Direito se impõe: "Contra os juristas dogmáticos, que presumem a continuidade do direito subjetivo, devemos verificar amplos intervalos de não-direito no seu interior. É natural imputar o fenômeno a forças antagônicas que fazem retardar o direito. (...) Mas estas não são sempre externas ao direito: podem residir no direito mesmo, ou mais precisamente na vontade mesma do direito. Ocorre que o direito se autolimita e paradoxalmente organiza aqueles que se poderiam definir como *institutos jurídicos de não-direito* ("Contro i giuristi dogmatici, che presumono la continuità del diritto oggettivo, dobbiamo osservare ampi intervalli di non-diritto al suo interno. È naturale impurare il fenomeno a forze antoagoste che fanno retrarare il diritto. Ma quaste forse non sono sempre esterne al diritto: possono risiedere nel diritto stesso, o perfino nella volontà stessa del diritto. (...) Accade che il diritto si limiti da sé e paradossalmente organizza quelli che si protrebbero definire *istituti juridici di non-diritto*"). (CARBONNIER, Jean. **Flessibile diritto – per una sociologia del diritto senza rigore**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1997. p. 27 e 28)

não casadas, relações que, como se sabe, floresceram sob as mais variadas formas durante toda a época da civilização e se transformam, cada vez mais em aberta prostituição.”² Afirmou, também, o heterismo e o adultério como eternos companheiros da monogamia.³ Sublimou, todavia, de forma quase idílica, a monogamia do proletariado. Para tanto teve que fazer um exercício nitidamente carente da cientificidade própria ao espírito acadêmico. Para enfrentar a existência do critério da monogamia mesmo entre os não detentores dos meios de produção, viu-se obrigado a dizer que “a família do proletariado já não é monogâmica no sentido estrito da palavra, nem mesmo com o amor mais apaixonado e a fidelidade mais absoluta dos cônjuges...”, para logo adiante concluir: “o matrimônio proletário é monogâmico no sentido etimológico da palavra, mas de modo algum em seu sentido histórico.”⁴

É senso comum que o heterismo, a prostituição e o concubinato não constituem privilégio exclusivo da burguesia. A dominação masculina não ficou restrita aos proprietários dos meios de produção. Não respeitou os pressupostos teóricos. Esteve e permaneceu nas famílias nucleares dos trabalhadores. A monogamia em relação à mulher é também uma exigência do senhor proletário.

A reflexão de Engels, de qualquer sorte, presta-se a identificar o concubinato como um subproduto do casamento monogâmico, um *locus* marginal, excecência do instituído oficialmente. Tendo em vista essa condição de marginalidade do concubinato, impõe-se análise da formação social brasileira e do papel que o concubinato teve desde a colonização.

1.1 Concubinato e os socialmente desclassificados no Brasil Colônia

A noção de concubinato é fundamental à interpretação da formação cultural brasileira. Todos os chamados intérpretes do Brasil fizeram referência ao concubinato como uma das mais distintivas marcas da colonização.⁵

O concubinato acabou por ser a expressão doméstica da colonização, do exercício do domínio sobre o inferior, nesse caso, sobre a mulher índia, negra ou branca pobre, de qualquer sorte, subjugada, colonizada. Manoel da Nóbrega, em suas *Cartas do Brasil e mais escritos*

² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 12. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.p. 71.

³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família....**, p. 78.

⁴ Ibid. p. 78.

⁵ Ao contrário da Europa que, a partir do século XVII, assistiu franco declínio do concubinato em razão da Reforma Protestante e da Contrarreforma Católica, o concubinato cresceu na colônia brasileira já a partir do século XVI, tornando-se “espaço por excelência das relações sexuais e da procriação”. (VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 83).

(1549-1560), escrevia que, em 1551, os homens da Colônia “tinham índia de muito tempo, de quem tinham filhos, e tinham por grande infâmia casarem com elas.”⁶

A origem do concubinato, no Brasil, não pode ser desprezada, sob pena de se construir compreensão equivocada, concebendo-o como alternativa ao casamento oficial, como união não formalizada com o intuito de constituição de família. Muito ao contrário, o concubinato viabiliza-se pelas condições de colonização e de escravidão e revela-se como exercício de poder. O concubinato se consagra como um dos privilégios sexuais dos lusitanos, primeiramente em relação às índias, depois em relação às negras, mulatas, mamelucas e brancas pobres.

Na Colônia, o concubinato não guarda qualquer relação com a noção de casamento. O estigma da concubina não permite esta aproximação. Também, o ingrediente racista do concubinato não deve ser amenizado.⁷ O concubinato não resulta de uma relação entre iguais, que, rejeitando as imposições e complexas regras do casamento optaram pela informalidade, na constituição de uma família. Longe disso, os portugueses “preferiam a morte à vergonha de esposar mulher infamada pelo sangue, pela cor ou pela condição social.”⁸

Em que pese o concubinato não ser um privilégio exclusivo dos senhores, certo é que representou importante faceta da exploração escravagista e, por essa mesma razão, carregou consigo as marcas estigmatizadoras de sua origem.

Para além das uniões informais entre desiguais na estratificação social e étnica, o concubinato foi a marca da relação entre os escravos. A despeito da pregação jesuítica, o casamento, nos moldes oficiais, constituiu uma raridade para eles. Assim, entre os escravos prevaleceram as relações precárias de concubinato. Essas uniões eram determinadas em

⁶ *Apud* VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 84.

⁷ Importa sublinhar que importantes intérpretes da brasilidade, como Gilberto Freire e Sérgio Buarque de Holanda, sublimaram ou mesmo negaram o racismo dos colonizadores. Buarque de Holanda diz, expressamente, referindo-se ao colonizador português: “A isso cumpre acrescentar outra face bem típica de sua extraordinária plasticidade social: a ausência completa, ou praticamente completa, entre eles, de qualquer orgulho de raça. Ao menos do orgulho obstinado e inimigo de compromissos, que caracteriza os povos do Norte. Essa modalidade de seu caráter, que os aproxima das outras nações de estirpe latina e, mais do que delas, dos muçulmanos do norte da África, explica-se muito pelo fato de serem os portugueses, em parte, e já ao tempo do descobrimento do Brasil, um povo de mestiços”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 45).

⁸ VAINFAS, Ronaldo. **Trópico...** p. 84. Caio Prado Junior registra o caso do Governador de Goiás, Fernando Delgado de Castilho, que apaixonado por uma mulher pobre com quem vivia publicamente no palácio, e de quem tivera prole numerosa, “preferiu suicidar-se a levá-la casada para o Reino, de onde o chamavam.” (PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000. p. 363).

grande medida e, também, desfeitas pelos próprios senhores de acordo com suas conveniências.⁹

O concubinato, todavia, não constituía apenas um privilégio dos grandes senhores e nem tão pouco condição exclusiva dos escravos. O modelo espelhava-se para os homens simples. Nestes casos, o concubinato se confundia, às vezes, com a prostituição. Não poucas vezes, as mulheres eram prostituídas para geração de rendas aos seus amásios.¹⁰ Duas seriam as razões para a difusão do concubinato: o custo para o casamento na Igreja e a burocracia para sua realização. Contudo, Ronaldo Vainfas sustenta que estas alegações não constituíam as verdadeiras causas da difusão generalizada do concubinato entre a gente pobre. Entende ele que “amancebavam-se por falta de opção, por viverem, em sua grande maioria, num mundo instável e precário, onde o estar concubinado era contingência da desclassificação, resultado de não se ter bens ou ofício, da fome e da falta de recursos, não para pagar a cerimônia de casamento, mas para almejar uma vida conjugal minimamente alicerçada segundo os costumes e a ética oficial”.¹¹

É plausível concluir que o concubinato no Brasil colonial significou “a principal alternativa de vida amorosa e sexual para os ‘protagonistas da miséria’, escravos, forros e pobres, para os quais o casamento era ‘interditado’ ou despropositado, fosse pela condição servil, fosse pela instabilidade que lhes marcava a existência”.¹² Emerge, portanto, a pergunta sobre a função social do concubinato. Fora os casos de sujeição explícita, como o das escravas, o concubinato se apresenta, também, como alternativa de inserção e constituição de grupo familiar. Como perfeitamente concluiu Torres-Londoño, “mal ou bem, o concubinato permitia às mulheres viverem uma vida própria e fora do circuito da prostituição. Assim, o concubinato colocava um homem na vida da mulher, mesmo que não fosse para sempre. Além da presença masculina, para uma mulher podia significar o início de uma casa, de um lar, mesmo que nele o homem não morasse muito tempo”.¹³

Nesta direção, têm lugar as reflexões levadas a cabo pela antropóloga Mariza Corrêa, que critica a fixação da historiografia da organização familiar na *família patriarcal*, como sendo o

⁹ Segundo Rodolfo Vainfas, as relações amorosas entre os escravos “eram, possivelmente, as mais instáveis, precárias e vulneráveis de quantas houve na Colônia, as mais difíceis de firmar, com poucas exceções...” (VAINFAS, Ronaldo. **Trópico...** p. 89)

¹⁰ VAINFAS, Ronaldo. **Trópico...** p. 86.

¹¹ Ibid. p. 94

¹² Ibid. p. 99

¹³ TORRES-LODOÑO, Fernando. **A outra família** – concubinato, igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Loyola, 1999. p. 94.

modelo por excelência do período colonial.¹⁴ Tomando, como paradigmáticas, as obras de Gilberto Freyre e Antônio Cândido de Mello e Souza, censura os estudos que colocam em consideração a forma de organização familiar de um grupo dominante, em determinado tempo e lugar, para fazer dela certa homogeneização do modelo familiar brasileiro como um todo. A partir dos trabalhos de Caio Prado Júnior, Florestan Fernandes, e outros, evidencia que a complexidade das atividades econômicas da Colônia não pode ser reduzida aos engenhos de Pernambuco e nem tampouco às fazendas de café paulistas. Sublinha que são impossíveis e incompatíveis a consideração de fato de uma “sociedade multifacetada, móvel, flexível e dispersa e a tentativa de acomodá-la dentro dos estreitos limites do engenho ou da fazenda”.¹⁵

Caio Prado Jr., por exemplo, tratando da vida familiar no Brasil Colônia, registra: “... segundo o que se colige dos depoimentos contemporâneos, quase se pode afirmar que, fora o caso das classes superiores, o casamento constitui uma situação excepcional.” E sublinha: “Precisamos por isso dirigir nossa atenção, sobretudo, para o grau de estabilidade que apresentam as relações sexuais, sejam ou não sancionadas legalmente pelo casamento.”¹⁶ Ressalva, porém, que a irregularidade de várias uniões não resulta simplesmente de indisciplina sexual, mas, sim, de outros fatores, como a grande dimensão das paróquias e a falta de sacerdote celebrante, os custos do casamento, e, sobretudo, os preconceitos de cor e de classe que impediam a regularização de uniões de fato.¹⁷

A admissão da família patriarcal como modelo da organização familiar colonial, na prática, implica a marginalização ou estigmatização de outras formas alternativas ou mesmo sua negação. Assim, a perquirição da genealogia do concubinato em *terra brasilis* evidencia a criação de um *lugar de não direito*, fruto do modelo colonialista aqui implantado, da escravidão e do racismo, tendo como cenário de fundo a instabilidade social, a pobreza e a sujeição.

Levantamentos feitos pela mais recente produção historiográfica, a partir de documentos das chamadas devassas eclesiásticas, promovidas pelas visitas pastorais, trazem informações reveladoras, primeiro, em relação à relevância do concubinato, que não era um fenômeno episódico. O concubinato é o crime religioso moral que mais se destaca nesses processos

¹⁴ CORRÊA, Mariza. Repensando a família patriarcal brasileira: notas para o estudo das formas de organização familiar no Brasil. In: ARANTES, Antonio Augusto [et alli]. **Colcha de retalhos** – estudos sobre a família no Brasil. 3. ed., Campinas: Editora da Unicamp, 1994. p. 15-42.

¹⁵ Ibid. p. 24.

¹⁶ PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000. p. 363.

¹⁷ Ibid. p. 363.

eclesiásticos.¹⁸ Em relação à composição social dos concubinatos no período colonial, estão envolvidos sempre e, predominantemente, homens livres com mulheres alforriadas e escravas.¹⁹ Estes dados reforçam a percepção já antes enunciada de que o concubinato constitui por excelência espaço de dominação masculina.

Apesar de tolerado, admitido e até incentivado em alguns casos, o concubinato se constituiu sob estigma, porque *status* social somente é reconhecido à mulher pela via do casamento. Mary Del Priore relembra a observação de Segalen, afirmando que “na sociedade tradicional a mulher não tem estatuto fora do casamento. Ele é a única instituição que lhe permite realizar-se enquanto ser social”.²⁰ O concubinato figura, assim, como expressão da marginalidade e desqualificação social da mulher.²¹

A frouxidão das coerções sociais relativas à sexualidade, na Colônia, encontra sua explicação sobretudo no modelo de colonização implantado. Não foram transplantadas

¹⁸ “Boschi, utilizando um livro de devassa eclesiástica de 1734, com 239 registros da Comarca do Rio das Velhas, constatou que 94% dos casos autuados na região eram de concubinato. Luna e Costa realizaram o estudo das Comarcas do Serro Frio e do Rio das Velhas, e concluíram que, dos 350 registros de devassas ali realizados em 1738, 87,4% se referiam a práticas concubinárias. Figueiredo e Sousa, baseando-se em livros de devassas do século XVIII, relativos às Comarcas do Rio das Velhas, do Serro Frio, do Rio das Mortes e de Vila Rica, encontraram a porcentagem de 85% referente a concubinação. Fora de Minas Gerais, em Mato Grosso, especificamente na paróquia de Santa Ana do Sacramento da Chapada, Londoño, pesquisando o livro de devassas lavrado em 1785, detectou que os casos de amancebamento atingiam a faixa de 80% do total de registros. Para a Bahia, Mott constatou, em Ilhéus, em 1813, um percentual de 60,5% de casos envolvendo os “desvios da vida familiar”. Já Goldschmidt, estudando a sociedade colonial paulista, de 1719 a 1822, chegou a cifras que correspondem a um total de 86,4%.” (CERCEAU NETTO, Rangel. A família ao avesso: “o viver de portas adentro” na comarca do rio das velhas no século XVIII. Fênix – Revista de História e Estudos Culturais. Jul/ Ago/ Set – 2008, Vol. 5, Ano V, nº 3. Disponível em: http://www.revistafenix.pro.br/PDF16/ARTIGO_12_RANGEL_CERCEAU_NETTO_FENIX_JUL_AGO_SET_2008.pdf . Consulta em 08/08/2011.)

¹⁹ Rangel Cerceau Netto, que fez levantamento sobre condição sócio-jurídica dos sentenciados em relação aos casos de concubinato, no livro de devassas eclesiásticas realizadas na Comarca do Rio das Velhas, entre os anos de 1727 e 1756, registra: “O número de homens livres atinge, em porcentagem absoluta, um total de 53,3% de todos os livres (homens e mulheres) envolvidos, e, em um percentual relativo, a 93,6% dos concubinos culpados. A participação dos homens forros é modesta: 3,3% do total absoluto e 5,9% da parcela relativa aos amásios sentenciados. O envolvimento dos escravos masculinos chega a ser insignificante: 0,3% do total absoluto e 1% do relativo. Entre as mulheres, há o predomínio das forras, com 24,9% do total absoluto e 58,0% do total relativo de concubinas sentenciadas; as escravas vêm em seguida, representando 11,5% do total de mulheres nesta condição, o que corresponde ao percentual relativo de 26,7%. Por fim, as mulheres livres constituem 6,6% do total absoluto e 15,3% do número relativo de mancebas sentenciadas. Os maiores índices do amasio, portanto, envolveram homens livres e mulheres forras: os homens livres correspondendo a 53,3% do total absoluto e a 93,6% do relativo; as mulheres forras, com 24,9% do total absoluto e 58,0% do relativo”. (CERCEAU NETTO, Rangel. A família ao avesso: “o viver de portas adentro” na comarca do rio das velhas no século XVIII. Fênix – Revista de História e Estudos Culturais. Jul/ Ago/ Set – 2008, Vol. 5, Ano V, nº 3. Disponível em: http://www.revistafenix.pro.br/PDF16/ARTIGO_12_RANGEL_CERCEAU_NETTO_FENIX_JUL_AGO_SET_2008.pdf . Consulta em 08/08/2011.)

²⁰ PRIORE, Mary Del. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil colônia**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009. p. 123.

²¹ Trata-se de transposição de uma concepção portuguesa para as terras da Colônia. Assinala Fernando Torres-Londoño que “a desqualificação das mulheres indígenas, por serem escravas e por sua identificação com as mancebas portuguesas, deu à mancebia dos portugueses uma condição de naturalidade.” Esta transposição era dotada de tal normalidade para os colonos portugueses que estes acreditavam “não pecar em seus relacionamentos com as índias, se lhes davam algo em troca, da mesma forma que acreditavam que não se pecava com as mancebas portuguesas pagando por seus serviços. Da mesma forma, em Portugal, muitas mulheres pobres e desprotegidas foram colocadas no território das mancebas, destinadas a catalisar os impulsos sexuais dos homens; ainda mais, protegiam-se, assim, as moças de família encaminhadas aos mercados de casamentos arbitrados pela política de alianças”. (TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família – concubinato, igreja e escândalo na colônia**. São Paulo: Loyola, 1999. p. 42).

famílias instituídas para as terras conquistadas, mas, sim, indivíduos movidos pelo espírito aventureiro, e estes preferirão as mulheres submissas de raças dominadas às restrições que certamente lhes imporia a típica família constituída aos moldes europeus.²²

A moralidade permissiva da Colônia abria espaços para a aceitabilidade dos amores irregulares, mas, ao mesmo tempo, distinguia claramente o concubinato do casamento, não reconhecendo qualquer *status* de dignidade social e jurídica ao primeiro e exaltando o segundo como garantia de respeitabilidade e de acessibilidade aos degraus sociais mais elevados. Nessa ambiência de marcada ambiguidade é que se desenvolvem e se conformam as famílias brasileiras.

Não se pode deixar de registrar que a pregação do casamento cristão, como instância de segurança, encontrava eco na dura experiência de sobrevivência em um território ainda em fase de colonização. O revestimento de sacralidade, de permanência e de indissolubilidade constituía forte apelo para a população feminina carente de segurança. Todavia, a instabilidade e a precariedade da vida na Colônia não permitiram que o casamento se sobrepusesse completamente às outras formas de convivência sexual.

Tendo em consideração a constante mobilidade dos homens no período de povoamento e de exploração econômica da cana, do ouro, do café, e outros, como bem anotou Mary Del Priore, estabeleceu-se grande semelhança entre o concubinato e o casamento, na medida em que tanto num como no outro os homens permaneciam distantes da família, o que teve como consequência as mulheres casadas ou concubinas tornarem-se “chefes de suas casas, famílias e fogos, como se dizia então”.²³

O concubinato foi um modelo que se consagrou como opção de relacionamento para os casados e, ainda, para os padres, em razão do voto de celibato. Todavia, como bem percebeu

²² Neste passo, merece registro a observação de Caio Prado Júnior: “Sobre os costumes do Brasil Colônia há uma documentação abundante que só faz o desânimo do pesquisador obrigado a escolher (sic). O desregramento atinge tais proporções e se dissemina de tal forma que volta debaixo da pena de cada observador da vida colonial, por mais desprevenido que seja. A causa primeira e mais profunda de um tal estado de coisas é com certeza, e já toquei incidentalmente no assunto, a forma pela qual se processou, na maior parte dos casos, a emigração para o Brasil. Ela não se faz senão excepcionalmente por grupos familiares constituídos, mas quase sempre por indivíduos isolados que vêm tentar uma aventura, e que, mesmo tendo família, deixam-na atrás à espera de uma situação mais definida e segura do chefe que emigrou. Espera que se prolonga e não raro se eterniza, porque o novo colono, mesmo estabelecido, acabará preferindo a facilidade de costumes que proporcionam mulheres submissas de raças dominadas que encontra aqui às restrições que a família lhe trará. E quando não, já tão habituado a tal vida que o freio da mulher e dos filhos não atuará nele senão muito pouco.” (PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo...** p. 363.)

²³ A autora informa alguns dados: “Em Minas Gerais, no século XVIII, por exemplo, o predomínio de famílias matrifocais era impressionante. Girava em torno dos 45% o número de mulheres à testa de suas casas, e destas 83% nunca haviam se casado (...) Em São Paulo, de acordo com o estudo clássico de Marcílio, o desequilíbrio entre os sexos provocado pelo deslocamento de homens em direção a regiões mais lucrativas deixara mulheres como maioria nas cidades e vilas. Maioria esta que via seus parceiros partirem com os filhos nos braços e, ao recebê-los quando voltavam, tinham engrossado sua prole com filhos de outros eventuais companheiros. Ou ainda, que haviam aumentado a família, criando os filhos de seus companheiros com outras mulheres, que tinham sido deixadas para trás.” (PRIORI, Mary Del. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil colônia**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009. p. 46).

Fernando Torres-Londoño, por meio de ampla pesquisa documental, no Brasil colonial, o concubinato foi também “frequente entre solteiros pobres, não-proprietários, que não tendo bens, não tinham necessidade do matrimônio como contrato jurídico que garantisse direitos em relação à propriedade.”²⁴ Duas razões fundamentais foram determinantes para que o concubinato se difundisse como modelo entre os que não tinham impedimento para casar-se. Primeiro, grande parte da população estava envolvida em atividades que exigiam migração constante em busca de fortuna ou de pura sobrevivência, o que se revelava como fator impeditivo de vínculos duradouros. Segundo, porque as mulheres, sem chances da segurança do casamento em razão da migração masculina, tinham no concubinato uma forma de estabelecer relações.

É certo, porém, que o concubinato, segundo Torres-Londoño, evidencia-se “como forma de relacionamento entre desiguais: senhor e escrava, proprietários e não-proprietários, portugueses e índias ou negras”.²⁵ O que justifica a proliferação do concubinato entre desiguais é exatamente a possibilidade do estabelecimento de vínculos sem eliminação da desigualdade. A tese de Torres-Londoño — que se alinha perfeitamente à hipótese com a qual aqui se trabalha — é que o concubinato só mereceu severa reprovação da Igreja e do Estado, que delegava essas questões à jurisdição eclesiástica, quando tendia a promover a igualdade. Nessas circunstâncias, ele se convertia em escândalo, pois, a concubina jamais poderia assemelhar-se à esposa e nem tampouco o concubinato poderia ameaçar as propriedades da família legítima.

Fora destes extremos ou desvios, o concubinato não chocava a sociedade colonial, ao contrário, era-lhe extremamente funcional. Constituía “válvula de escape para as interdições que sustentavam o matrimônio-aliança. Dava espaço às relações pré-matrimoniais, poupando as moças de família ou servindo de válvula de escape para sentimentos individuais nem sempre contemplados nas alianças matrimoniais”.²⁶ Contudo, o concubinato abriga um paradoxo desde as origens. Apesar de tolerado segundo as conveniências do sistema social e da vestimenta jurídica que o emoldurava e ainda o configura, nunca perdeu a tonalidade desqualificadora: não é um arranjo familiar para *moça de família*, mas, sim, para negras, índias e brancas pobres.

²⁴ TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família** – concubinato, igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Loyola, 1999. p. 197.

²⁵ Ibid. p. 198.

²⁶ Ibid. p. 198.

Apesar de vista como *a outra*, como *proscrita* e à margem, a família surgida do concubinato guardava todos os traços típicos imputados à família matrimonial da época colonial. Nas pesquisas documentais colhidas das devassas e pastorais, são recorrentes os testemunhos sobre a fidelidade da mulher concubina e seu desempenho e desvelo maternos.²⁷ Amalgamado entre a proscricção e a semelhança com a família matrimonial, o concubinato estruturou-se como instituição social marcada sobretudo pela desigualdade e a marginalização da mulher.

A monogamia se apresenta como princípio adequado e funcional a justificar o tratamento que o sistema jurídico pátrio deu ao concubinato. Revela-se como legitimador por excelência da marginalização da *outra* família, que se constitui como resíduo do sistema da família matrimonializada, fundada no casamento-aliança, tão adequado ao modelo do individualismo proprietário. O princípio da monogamia cumpriu e, ainda, cumpre papel neutralizador do concubinato, para que este não se convertesse em fator disfuncional do sistema centrado na propriedade, que tem na família matrimonializada um dos pilares de sua sustentabilidade e segurança. Este princípio se revela como um filtro, separando as mulheres pobres e desamparadas de qualquer proteção econômica daquelas *moças de família* destinadas ao *mercado de casamento*, que visava fundamentalmente atender a uma política de alianças. O princípio da monogamia é indispensável ao modelo, que necessariamente potencializa a dominação masculina e tem como resultado a marginalização e opressão da mulher.

Perquirir pelas raízes históricas do concubinato no Brasil constitui exercício indispensável para os fins perseguidos nesta reflexão, como adiante restará evidenciado, mas também torna-se necessária referência ao fato de que a bigamia foi recorrente no período colonial e não um fenômeno passível de ser desconsiderado.

1.2 Casamento, bigamia e legitimidade social no Brasil Colônia

A bigamia tornou-se um delito corriqueiro no Brasil colonial. A explicação é evidente. Os constantes deslocamentos dos indivíduos da metrópole para as colônias, e mesmo de uma das possessões ultramarinas para outra, ou ainda entre as longínquas províncias, forneciam as perfeitas condições para a realização de matrimônios irregulares. O fenômeno era de tal relevância que o Concílio de Trento recomendou aos párocos especiais cuidados na celebração de casamentos de “vagamundos”.²⁸

²⁷ TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família** – concubinato, igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Loyola, 1999. p. 199.

²⁸ Ibid. p. 105.

A bigamia era um crime de “vagamundos”. Não se trata de indigentes ou de miseráveis, mas, sim, de pessoas que andavam vagando sem domicílio certo, artesãos, mascates, letrados sem posse, aventureiros do colonialismo. Os homens de posse, atentos à questão patrimonial, não se lançavam à aventura da bigamia.

O elevado número de bígamos na Colônia reforça a ambivalência do casamento e do concubinato. Em que pese o desprestígio do casamento, ele constituía caminho para o reconhecimento e a ascensão social. Desta forma, em lugar de simplesmente amancebaram-se, muitos colonos preferiam ocultar a existência de casamentos realizados em outras paragens para contrair novas núpcias perante a Igreja. A bigamia foi assim uma opção pelo reconhecimento social e uma recusa à situação de instabilidade e estigma que marcava o concubinato.

Das denúncias morais feitas ao Santo Ofício, nas conhecidas visitas da Bahia, 42,70% se referem à sodomia. Em segundo lugar, estão as denúncias de bigamia, num percentual de 25,6%.²⁹ Vê-se, pois, que a bigamia, em termos estatísticos referentes aos pecados denunciados ao visitador, era fenômeno relativamente importante. As denúncias seriam de homens que se casavam no Brasil, tendo deixado esposa e filhos em Portugal, e mulheres que se casaram segunda vez depois de longa ausência dos maridos dos quais não tiveram mais notícias. Vainfas sublinha que as denúncias espelham mais que o espírito murmurador dos denunciadores, antes, “indicam o impacto da situação colonial na estabilidade do matrimônio, sobretudo entre a gente simples que vinha para o Brasil. Aventureiros que abandonavam a família na metrópole e acabavam-se fixando na Colônia; mulheres cansadas de esperar os maridos, que adentravam as matas e lá ficavam por anos a fio sem dar notícia”.³⁰ As circunstâncias e condições precárias da vida na Colônia indicam a fragilidade do casamento, quando este ocorria entre a gente mais pobre.

A bigamia consistia em opção acertada quando a intenção era de união a “moça de família” bem dotada. Ainda que sob o risco de cair na malha fina do Santo Ofício, o casamento conferia ao bígamo legitimidade social. A bigamia não resulta de desprezo pelo matrimônio ou de intenção herética, como pretendiam os inquisidores extrair das confissões.

²⁹ VAINFAS, Ronaldo. Teia de intrigas. In: VAINFAS, Ronaldo (Org.) **História e sexualidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1986. p. 46. Neste texto, o autor analisa a atuação da Inquisição ibérica que, para além da perseguição às heresias desviantes dos cristãos novos, representou a Contrarreforma na defesa dos dogmas católicos relativos à moral familiar e sexual. Os visitadores eram enviados do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa. Ronaldo Vainfas apresenta, neste ensaio, dados e interessantes informações casuísticas que colheu dos documentos das Visitas da Bahia, ocorridas nos fins do século XVI e início do século XVII.

³⁰ Ibid. p. 48.

Decorria simplesmente das condições próprias da colonização,³¹ das ausências e da falta de comunicação prolongada com o cônjuge originário, somadas ao desejo de integração em um novo meio social.

A instabilidade do matrimônio, apesar de sua indissolubilidade segundo as regras canônicas, constituiu uma das marcas do Brasil colonial. Do rescaldo e da acomodação da herança colonial é que se forma o quadro cultural no qual figura a família que será recepcionada e legitimada na codificação civil.

A interdição legal da bigamia, nas Ordenações Filipinas, previa pena de morte para quem cometesse o delito.³² As escusas para a não aplicação de tão radical pena sempre mereceram a benevolência do poder estatal. O Código Penal do Império, para o delito de poligamia, culminou pena de seis meses, com trabalhos forçados e multa,³³ já o Código Penal da Primeira República tipificou o mesmo crime, estabelecendo pena de prisão celular de um a seis anos para quem contraísse casamento mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nulidade ou morte do outro cônjuge.³⁴ Já o Código Penal de 1940, ainda vigente, estabeleceu, entre os crimes contra o casamento, o de bigamia, culminando pena de dois a seis anos de reclusão para quem, sendo casado, contrair novo casamento.³⁵

³¹ Donald Ramos relata episódios da vida de um certo Manuel Lourenço Flores que teria casado seis vezes, mudado de nome quatro e de residência constantemente. (RAMOS, Donald. Bigamia e valores sociais e culturais no Brasil colonial: o caso de Manuel Lourenço Flores e o seu contexto histórico. In SILVA, Maria Beatriz Nizza da (org). **Sexualidade, família e religião na colonização do Brasil**. Lisboa: Horizonte, 2001, p. 113-124.)

³² No Livro V, Título XIX, lê-se: “Do homem, que se casa com duas mulheres e da mulher que se casa com dous maridos. Todo homem que sendo casado e recebido com huma mulher, e não sendo o matrimônio julgado por invalido per Juízo da Igreja, se com outra casar, e se receber, morra por isso. E todo dano, que as mulheres receberem, e tudo que delas levar sem razão, satisfaça-se por os bens delle, como fôr de Direito. E esta mesma pena haja a toda mulher que dous maridos receber, e com eles casar pela sobredita maneira, o que tudo haverá lugar, ora ambos Matrimônios fossem inválidos per Direito, ora hum delles. 1. E se o condenado a morte pelo dito malefício fôr menor de vinte e cinco annos, ou for Fidalgo, e a segunda mulher com quem casou, for de baixa condição, ou se o condenado, sendo-lhe fugidia a primeira mulher, casou com a segunda, sem saber certo, que era a primeira morta, ou em outros casos semelhantes, não se fará execução sem primeiro no-lo fazer saber.” [Mantida a grafia do original – ALMEIDA, Cândido Mendes de (Org). Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Texto original digitalizado disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> - consultado em 26 de agosto de 2011].

³³ O Código Penal de 1839, em seu art. 249, previa o crime de poligamia nos seguintes termos: “Contrahir matrimonio segunda, ou mais vezes, sem se ter dissolvido o primeiro. Penas - de prisão com trabalho por um a seis annos, e de multa correspondente à metade do tempo.”

³⁴ O Código Penal de 1890, em seu art. 283, tipificava o crime de poligamia, nos seguintes termos: “Contrahir casamento, mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nullidade, ou por morte do outro conjuge: Pena – de prisão celular por um a seis annos.

Paragrapho único. Si a pessoa tiver prévio conhecimento de que é casado aquelle com quem contrahir casamento, incorrerá nas penas de cumplicidade.

³⁵ O Código Penal de 1940 tipificou o crime de bigamia, em seu art. 235, nos seguintes termos: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

A criminalização da bigamia, com a pena de morte ou com penas mais atenuadas, desde a proclamação da República, é indicativo da tutela de um bem jurídico localizado além da proteção das juras de aliança eterna, sacramentadas pela lei canônica. A criminalização da bigamia, em última análise, tem como escopo a proteção do sistema fundado sob a égide da primazia da tutela da propriedade privada. O ilícito de contrair novo casamento, no âmbito penal, não configura crime contra a honra do outro cônjuge, mas, sim, conduta lesiva à instituição familiar, enquanto núcleo social e econômico de interesse do Estado. Tanto é assim, que o crime desafia ação penal incondicionada.

O bem jurídico protegido pela tipificação da bigamia é a ordem jurídica matrimonial ancorada no princípio da monogamia. Protege, sobretudo, uma dada forma de organização da instituição familiar.

Enquanto no âmbito civil a bigamia constituiria lesão à confiança do cônjuge ofendido, em razão da conduta do outro que contraiu novas núpcias, no âmbito penal, tal ofensa é irrelevante. Assim, a bigamia configura-se como crime de ação penal pública, independente de representação do ofendido, pois, ainda que o cônjuge do primeiro casamento consentisse ao consorte contrair, com terceiro, novas núpcias, ao arrepio da lei, o crime prevaleceria. Com a revogação do art. 240 do Código Penal, que descrevia a conduta tipificada como adultério, não existe mais, no sistema penal brasileiro, qualquer proteção ao bem jurídico *fidelidade*. O crime de adultério dependia de ação penal privada. O único legitimado para a titularidade da referida ação contra o adúltero era o cônjuge ofendido.³⁶ Vê-se, pois, que o crime de bigamia tutela bem jurídico que não se confunde com um eventual direito subjetivo da pessoa casada à fidelidade de seu cônjuge.

Por que, sob as Ordenações Filipinas, o condenado pelo cometimento de bigamia poderia ser morto e o suspeito de ter cometido o delito, homem ou mulher, a partir de indícios ou mera denúncia, poderia ser torturado para confessar e, se não o fizesse, deveria mesmo assim ser degredado?³⁷ Obviamente, o crime revelava-se lesivo ao sistema que tal norma penal

³⁶ Assim dispunha o art. 240 do Código Penal revogado pela Lei nº 11.106/2005: “Art. 240. Cometer adultério: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses. § 1º - Incorre na mesma pena o co-réu. § 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato. § 3º - A ação penal não pode ser intentada: I - pelo cônjuge desquitado; II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente”.

³⁷ Assim dispunham as Ordenações Filipinas no Livro V, Título XIX, item 3: “E per este mesmo modo se proceda contra qualquer mulher casada, que for por parte da Justiça acusada por se dizer que tendo o marido vivo, se foi casar com outro. Porque em este caso, sendo o casamento verdadeiramente provado, e do segundo havendo prova somente dos sobreditos indícios, ou de cada hum delles, a não se podendo provar per verdadeira prova de vista e oitiva das palavras formaes de Matrimonio, seja mettida a tormentos, para confessar o segundo casamento; e negando, seja degredada per cinco anos para Castro-Mirin”. [Mantida a grafia do original – ALMEIDA, Cândido Mendes de (Org). Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Texto original digitalizado disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> - consultado em 26 de agosto de 2011].

busca resguardar. A gravidade da pena aponta a proteção de um bem jurídico diverso da fidelidade conjugal. Remete à proteção da família — ou mais propriamente do casamento — como instituição.³⁸ A bigamia põe em risco a estabilidade, previsibilidade e organização de importantes fatores econômicos que se amparam na organização familiar fundada exclusivamente no casamento.

A tipificação da bigamia como crime estava perfeitamente adequada à família capturada pelo Código Civil de 1916, uma família que se define como: matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e de feição transpessoal. Todavia, na Constituição Federal de 1988, outra família é captada pelo legislador constituinte. Marcada pela pluralidade de entidades familiares, não mais definidas com exclusividade pelo matrimônio, pela igualdade material, pela direção diárquica e guiada por uma orientação eudemonista.³⁹ Nesse novo quadro, não faz sentido a proteção da família como instituição em si, isto é, funcionalizada a interesse transpessoal, que está para além dos interesses e desejos de seus próprios integrantes. Nesta direção, apontaram Francisco Muniz e Lamartine de Oliveira, sustentando que “a categoria do interesse familiar não exige ‘uma concepção orgânica e supra-individual de família’, porque o interesse comum não é um interesse superior, mas, sim, interesse essencial da pessoa que se realiza no interior da família”.⁴⁰

Admitindo tal entendimento como premissa, o crime de bigamia seria, na atualidade, um instituto penal a proteger um único bem jurídico — a fé pública — e não um crime contra o casamento. Logo, a descriminalização da conduta se impõe, pois, suficientes para tutela da fé pública seriam os crimes de falsidade ideológica e de falsidade material de atestado ou certidão. Na verdade, o crime de bigamia somente é consumado pela prática precedente, pelo menos, do crime de falsidade ideológica. E, como a jurisprudência já consagrou, não se trata de concurso de crimes entre estes delitos.⁴¹ Suprimido o crime de bigamia, o delito subsistiria,

³⁸ Ao fundamentar acórdão ainda recente, assim pronunciou-se desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Ressalte-se que a intenção do legislador ao estabelecer a hipótese de incidência penal contida no artigo 235, do Código Penal, foi proteger a organização da família, especificamente o casamento monogâmico, tido como regra nos países ocidentais. Tem como elementar a existência formal e vigência de casamento anterior, pois somente o divórcio põe termo ao vínculo e abre a possibilidade de novo matrimônio lícito. Anote-se que se o agente é separado judicialmente ou de fato, contudo, não divorciado, será sujeito ativo do crime se, por ventura, casar-se novamente. Assim, consuma-se no momento da formal manifestação da vontade, pondo em risco o bem jurídico tutelado, previsto no artigo 226, da Constituição Federal: ‘A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado’.” (TJ-SP. Apelação Criminal 9107420-43.2002.8.26.0000, Rel. Des. Figueiredo Gonçalves. 1ª Câmara de Direito Criminal. Data do julgamento: 09/09/2008)

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família** – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 51.

⁴⁰ OLIVEIRA José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** – direito matrimonial. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 16.

⁴¹ HABEAS CORPUS – DIREITO PENAL – CRIME DE BIGAMIA E FALSIDADE IDEOLÓGICA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO DELITO DE BIGAMIA DETERMINADO PELO TRIBUNAL A QUO POR

como falsidade ideológica ou mesmo, conforme o caso, falsidade material de certidão. A fé pública continuaria a merecer tutela penal. Não é, porém, o caso de se seguir tutelando a família monogâmica, pois, a norma penal não alcança mais este escopo em razão das transformações vivenciadas pela família contemporânea.

Tanto é assim que a família da Constituição pode ser conformada por pessoas solteiras que vivem em união estável. Se alguém constituir duas uniões estáveis simultâneas, a este pode ser, moralmente, imputada a pecha de bigamo. Mas, em termos penais, a conduta é irrelevante, posto que atípica. O crime de bigamia não protege, portanto, as entidades familiares, mas, sim, a formalidade pública que tem o casamento. As transformações experimentadas, durante o século XX, e início deste século, foram enormes e a própria percepção jurídica da família alterou-se profundamente. Mas o Direito Penal continua a tutelar, pela tipificação da bigamia, uma família cujos marcantes traços há muito foram esmaecidos pelo tempo. A diversidade de molduras para o enquadramento das famílias, hoje, não permite a concepção deste crime, o qual teve seu papel em um sistema que excluía da tutela jurídica as famílias marginais ao sagrado matrimônio.

Este conjunto de fatores não pode ser desconsiderado. O discurso religioso-jurídico do casamento monogâmico, no Brasil, desde o período colonial, prestou-se a tutelar a cumulação patrimonial das famílias abastadas, marginalizando um sem número de núcleos familiares de fato que se formavam à margem da família reconhecida juridicamente. Apresentados estes traços fundamentais da genealogia da *outra família*, expressão cunhada por Fernando Torres-Londoño, cabe passar à análise da captação jurídica desta realidade social.

2 O discurso jurídico sobre o concubinato

A produção doutrinária brasileira manteve-se durante longo período silente sobre o concubinato. Nunca foi proibido ou tipificado como crime. Ignorado pela legislação, só foi

AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – IMPOSSIBILIDADE DE SEGUIMENTO DO PROCESSO – CRIME QUANTO À FIGURA DO CRIME DE FALSIDADE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. 1. O delito de bigamia exige para se consumar a precedente falsidade, isto é: a declaração falsa, no processo preliminar de habilitação do segundo casamento, de que inexistia impedimento legal. 2. Constituinte-se a falsidade ideológica (crime-meio) etapa da realização da prática do crime de bigamia (crime-fim), não há concurso do crime entre estes delitos. 3. Assim, declarada anteriormente a atipicidade da conduta do crime de bigamia pela Corte de origem, não há como, na espécie, subsistir a figura delitiva da falsidade ideológica, em razão do princípio da consumação. 4. Ordem concedida para determinar a extensão dos efeitos quanto ao trancamento da ação penal do crime de bigamia, anteriormente deferido pelo Tribunal *a quo*, a figura delitiva precedente da falsidade ideológica. (STJ – HC 39583/MS. 5ª T. Rel. Min. Laurita Vaz. Data do Julgamento: 08.03.2005 – DJ 11.04.2005).

mencionado, nas Ordenações Filipinas⁴² e no Código Civil de 1916⁴³, em razão das vedações ao homem casado de doação e de disposição de última vontade em favor da concubina.

O silêncio do Código Civil de 1916 sobre o concubinato é sublinhado contemporaneamente. Silvio Rodrigues relembra que “o legislador de 1916 ignora a então chamada família ilegítima, e as raras menções que faz ao concubinato (CC, arts. 248, IV, 1.177 e 1.719, III, etc.) são apenas com o propósito de proteger a família constituída pelo casamento, e nunca como reconhecedoras de uma situação de fato digna de amparo”.⁴⁴ Antes de vir a lume a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, os cursos e manuais de Direito de Família sequer reservam capítulo para tratar do concubinato. O próprio Silvio Rodrigues registra que somente introduziu um capítulo intitulado *concubinato*, na terceira edição de sua obra, e esclarece, em nota de rodapé, que o fez em razão da “necessidade de focalizar a questão patrimonial resultante da dissolução do concubinato, cuja importância já se havia revelado no passado; a matéria ganhou relevo com a publicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que permitiu a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos quando comprovada a sociedade de fato entre eles”.⁴⁵

Mesmo com a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, o concubinato enquanto tal não foi reconhecido pela jurisprudência. Um dos julgados apontados entre os precedentes a embasar a Súmula 380 nega reconhecer efeito jurídico ao concubinato. Sustenta que gera efeitos a sociedade de fato e não propriamente a família de fato. Assim pronunciou-se o ministro relator, Victor Nunes, em seu voto: “Como bem pondera a recorrida, o Tribunal local, apreciando a prova, concluiu pela existência de uma sociedade de fato. ‘Está completamente provada — disse o Ilustre Des. Melo Júnior — a colaboração da concubina na

⁴² No Livro IV, Título LXVI das Ordenações Filipinas, consta: “Da doação, ou venda, feita por homem casado a sua barregã. Se algum homem casado der a sua barregã alguma cousa móvel, ou de raiz, ou à qualquer outra mulher, com que tenha carnal afeição, sua mulher poderá revogar e haver para si a cousa, que assi foi dada; e mandamos que seja recebida em Juizo a demandar a dita cousa sem authoridade e procuração do marido, que a esse tempo seja em poder do marido, quer apartada delle, e essa cousa que ella assi demandar, queremos que seja sua própria, *in solidum*, sem seu marido haver em ella parte, e que possa fazer dela tudo que lhe aprouver, assi e tão perfeitamente como se não fosse casada.” [Mantida a grafia do original – ALMEIDA, Cândido Mendes de (Org). Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Texto digitalizado disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> - consultado em 14 de maio de 2011]. O texto prossegue aplicando a mesma solução no caso de venda ou outro tipo de transferência de bens do homem casado à sua concubina, presumindo fraude ao casamento.

⁴³ Código Civil de 1916, art. 1.177: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”. O art. 1.719, do mesmo Código, também dispunha: “Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: (...) III - a concubina do testador casado”. A Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) deu nova redação ao art. 248 do Código de 1916, estabelecendo que: “A mulher casada pode livremente: (...) IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).”

⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. v. 6.** direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 284.

⁴⁵ *Ibid.* p. 283.

formação do patrimônio' (f. 236). Não é, pois, do concubinato, mas do esforço dos dois companheiros para a formação do patrimônio comum que resulta o direito da recorrida.”⁴⁶ Há um denotado esforço para se realizar justiça, sem conceder ao concubinato, entretanto, qualquer deferência ou tutela jurídica.

Ainda que se reconheça ter a Súmula 380 constituído um primeiro e importante passo para o reconhecimento das famílias sem casamento, ela ainda condena o concubinato à invisibilidade jurídica. Ele não existe, ainda, juridicamente. O que o Direito entrevê é, no máximo, o esforço comum entre duas pessoas, sob o *nomem iuris* de *sociedade de fato*, desprezando totalmente a razão de ser da relação estabelecida entre elas.

Será a partir da Súmula 380 que se esboçará a construção doutrinária sobre o concubinato. Necessário, neste passo, o registro de duas observações. Primeira. O emprego da palavra *concubinato* não tem, aqui, qualquer conotação depreciativa. Seria anacrônica a referência à união estável para momento histórico no qual o termo não era ainda consagrado. Segunda. A análise da construção do discurso jurídico sobre o concubinato evidencia o propósito de ocultamento de uma família de fato. Este tema ganha importância à medida que o princípio da monogamia tem, também, o potencial de condenar à invisibilidade jurídica famílias que, de fato, são presentes e reconhecidas no meio social.

2.1 Concubinato: a negação jurídica de uma evidência sociológica

Como já referido, é possível afirmar que a primeira fase do tratamento do concubinato pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras é caracterizada pela negação. O fato social está inserido no campo da irrelevância jurídica. No máximo, comparece no marco da ilicitude, como fator caracterizador de nulidade de doação ou de deixa testamentária, por homem casado à sua companheira.

Apesar de o concubinato constituir fato sociologicamente relevante, retratado abundantemente na literatura bem como nos estudos sociológicos e históricos sobre a configuração do povo brasileiro, no âmbito do discurso jurídico, durante longo tempo, existiu apenas no avesso de um silêncio eloquente.

No Esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas, certa forma de concubinato constituía uma das causas autorizadas do divórcio.⁴⁷ Assim dispunha o art. 1.386 do

⁴⁶ STF - Recurso Extraordinário 49.064 MG, Rel. Min. Victor Nunes. DJ. 18/1/1962. Note-se que, no caso deste julgado, o argumento do recorrente não era desprezível. Do relatório consta que o recorrente alega não ser aplicável à espécie o art. 1.366 do Código Civil de 1916 que corresponde ao art. 303 do Código Comercial, porque não havia entre os companheiros qualquer intuito de lucro, logo, não se poderia falar de sociedade de fato entre eles, nos moldes de direito obrigacional.

⁴⁷ No Projeto de Código de Teixeira de Freitas, o divórcio não implicava a dissolução do vínculo matrimonial. Era o equivalente ao desquite ou separação judicial, sendo sua decretação de competência do juízo eclesiástico.

Esboço: “Não haverá outras causas que autorizem a intentar a ação de divórcio, senão as seguintes: 1º. Adultério da mulher, quaisquer que sejam as circunstâncias, e o do marido, que tiver concubina teúda e manteúda (art. 1.304)”.⁴⁸ Vale dizer, o simples adultério do marido não daria causa a pedido de divórcio pela esposa, mas se ele tivesse e mantivesse uma concubina, configurada, aí sim, estaria circunstância ensejadora do rompimento da sociedade conjugal.

O Código Civil de 1916 ignora o concubinato, com algumas exceções que visam extrair do fato consequências para nulidades de doações ou deixas testamentárias. Tanto assim que, em seus comentários, Clóvis Beviláqua assevera que o “direito de família é o complexo das normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.”⁴⁹ E, por outro lado, conceitua o casamento afirmando ser ele “um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissociavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer”.⁵⁰ Não há qualquer referência ao concubinato.

O primeiro efeito jurídico positivo reconhecido ao concubinato não diz respeito a ele próprio — isto é, a este tipo de conjugalidade sem casamento — mas, sim, à filiação dele decorrente. Caio Mário da Silva Pereira, em artigo estampado na Revista Forense de 1960, apresenta revisão bibliográfica sobre o tema até aquela época publicada no Brasil. Quase a totalidade dos textos citados refere-se ao tema do concubinato por via transversa, ou seja, vinculado à questão da investigação da paternidade.⁵¹ Dito de outra forma, o concubinato só era tematizado enquanto meio de prova para fixação da paternidade.

Como em meados do século passado nem se cogitava da possibilidade da prova pericial genética por meio do exame de DNA, a prova da existência do concubinato não trazia em si presunção *pater is est*, própria do casamento, mas consubstanciava a *praesumptio facti* das relações sexuais, pois, como observa Caio Mário da Silva Pereira, “não é crível que duas

⁴⁸ FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 297.

⁴⁹ BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Vol. II. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. p. 6.

⁵⁰ Id. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 34.

⁵¹ Entre os vários autores citados por Pereira estão: Arnaldo Medeiros da Fonseca: "Investigação de Paternidade"; Soares de Faria: "Investigação de Paternidade Ilegítima"; Sílvio Portugal: "Investigação de Paternidade"; Orlando Gomes e Nelson Carneiro: "Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos", entre outros (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Concubinato** – sua moderna conceituação. Revista Forense, v. 190, a. 57, jul/ago 1960. (p. 13-17). p. 15).

pessoas de sexos diferentes se encontrem com frequência, admitam a notoriedade de sua união, apenas para se olharem nos olhos”.⁵²

Tendo-se tornado o concubinato meio de prova fundamental nas ações de investigação de paternidade, tal função condicionou o estabelecimento dos requisitos de seu reconhecimento. Ponderando as tendências da doutrina e da jurisprudência, em relação ao conceito de concubinato, Caio Mário da Silva Pereira, no início dos anos de 1960, reduziu a três os requisitos fundamentais para caracterização do concubinato: (i) continuidade das relações; (ii) notoriedade; (iii) fidelidade da mulher.

A funcionalização do concubinato à investigação de paternidade, àquele tempo, é indiscutível. Daí a importância que alcançou a exigência da comprovação da fidelidade da mulher. Caio Mário da Silva Pereira indica que “Arnoldo Medeiros da Fonseca, em farta pesquisa, mostra não só que o Supremo Tribunal Federal, de maneira geral, não exige a aparência de casamento, contentando-se com a estabilidade da ligação e a possibilidade de *conhecimento* dela e aparente *fidelidade* da concubina ao seu amante”⁵³ (Grifos no original). Fácil é concluir que a temática da fidelidade da concubina, posta em juízo, abriu vasto campo a imputações de ordem moralista, a macular a reputação da mulher, com o fito de afastar o reconhecimento judicial da paternidade. Nestas razões, vinculadas à questão probatória da paternidade, encontra-se a gênese da fixação na *fidelidade feminina*, tão reiterada pela dogmática civilista brasileira para a caracterização do concubinato.

Vê-se, pois, do reconhecimento do concubinato não decorre, à época, a configuração de uma família merecedora de amparo estatal. O reconhecimento subjacente, isto é, o da paternidade é o que mais importa. Nas linhas não escritas nos processos de investigação de paternidade, subliminarmente, comparece a dominação masculina no controle de qualidade de sua linhagem. A concubina permanece na penumbra, é invisível ao sistema jurídico. Só é vista na provisória condição de reprodutora, isto é, na condição de meio para a prova do fim — a filiação — daí a importância da fidelidade ao seu *amante*, designativo utilizado por Caio Mário da Silva Pereira, em 1960.

A invisibilidade da concubina é algo inclusive desejado e aplaudido pelas conveniências sociais. Ao tratar dos requisitos caracterizadores do concubinato, Caio Mário da Silva Pereira ressalva que a notoriedade, segundo a moderna doutrina, não carece ser tão

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Concubinato** – sua moderna conceituação... p. 15.

⁵³ Ibid. p. 15.

notória...⁵⁴ O que se revela como problema, atualmente, é que a invisibilidade por força das conveniências sociais, de cunho notadamente moralista, seja albergada pelo sistema jurídico, com negação de reconhecimento de direitos fundamentais, especialmente, da mulher que vive relação de união estável.

Nesta mesma linha de negação jurídica de reconhecimento do concubinato como relação familiar, segue Pontes de Miranda. Ao tratar da vida em comum, ainda que admita possa ser o concubinato suscetível de estabelecer *relações de ordem jurídica*, Pontes de Miranda sublinha que “tais comunhões não são de direito de família” e mais adiante acresce: “Quem não é cônjuge não se torna cônjuge pelo fato de ser tratado como tal. Ser criado como filho não é ser filho. Ter bens em comum com o cônjuge não é estar sob o regime matrimonial da comunhão. (...) As tentativas de dilação do círculo familiar fracassam sempre.”⁵⁵ Em outras palavras, não constitui família o que não é previamente definido como tal pela ordem jurídica.

Pontes de Miranda, ao abordar o conceito de família, reforça ainda mais a concepção de que a família com existência jurídica distingue-se da família sociológica. Ressalta que a família não é definida no Código Civil de 1916, mas que é referida no art. 163 da Constituição Federal de 1946 como aquela constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, e como tal merecedora da proteção especial do Estado. E pondera: “Cumprido, contudo, notar-se que não é a algo de concreto que se refere o texto constitucional, e sim à *instituição* social da família, o que vale por diretriz programática da Constituição de 1946.”⁵⁶ (grifo no original) A negação da concretude social da família é admitida como um dado talvez típico da juridicidade e não como um problema que deveria confrontá-la permanentemente. Em todo seu Tratado de Direito Civil, Pontes de Miranda dedica apenas um parágrafo ao

⁵⁴ “É claro, também, que a notoriedade a que alude a doutrina francesa há de ser recebida com certa dose de relatividade bem marcada, em função da situação pessoal dos concubinos. Um homem casado, ou mesmo solteiro, portador de marcada condição social, não pode passear com a amante por toda parte, desafiando o meio em que vive e trabalha. Uma mulher, que cumpre profissão fora do lar, que exerce atividade em convivência com um grupo, que preenche função pública, se não se conserva hoje marcada pela imposição de uma abstinência severa, tem, entretanto, os cuidados de uma reserva zelosa de seu prestígio e do respeito que requer o meio onde labuta. Em casos que tais não se pode exigir, como elementar do concubinato, nem a vida quase-conjugal, nem a notoriedade das relações (notoriedade incompatível com o recato e a discrição), substituída pela continuidade das relações e pela fidelidade. Compreendendo-o muito bem, Cunha Gonçalves alude a que a ligação concubinária há de ser notória, porém pode ser discreta, situações de aparente impossibilidade (sic), que ele procura conciliar, contentando-se em que o conhecimento ou divulgação se faça dentro de um círculo mais restrito, o dos amigos, o das pessoas da íntima relação de ambos, o dos vizinhos da concubina, que poderão atestar das visitas frequentes do amante, suas entradas e saídas, sua conduta para com o filho (...). Discrição seria então um meio termo entre a publicidade ou notoriedade franca e o segredo, as relações sigilares e secretas”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Concubinato – sua moderna conceituação... p. 16)

⁵⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. p. 193.

⁵⁶ Id. **Tratado de direito privado**. Tomo VII... p. 174.

concubinato para sublinhar que “o concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de direito de família”.⁵⁷

A percepção da família somente a partir da formalidade do casamento impôs, como decorrência lógica, o absoluto silêncio a respeito do concubinato para os tratados, cursos e manuais de direito de família até o início da década de 1960. Realizados os excertos generalizantes sobre a origem da família, a título preambular, de regra, todos esses textos passam a abordar, imediatamente, o tema da existência e validade do casamento, sem dedicar qualquer espaço ao concubinato.

O silêncio sobre os efeitos jurídicos positivos do concubinato só começa a ser quebrado pela jurisprudência efetivamente em meados da década de 1950.⁵⁸ No início dos anos de 1960, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal começa a firmar-se no sentido da aplicação da analogia com a sociedade de fato, para determinar a partição de haveres entre os concubinos.⁵⁹ Em 1963, o Supremo Tribunal Federal aprova a Súmula 35, dispondo que “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela

⁵⁷ Segue a transcrição de todo o parágrafo por ser deveras ilustrativo: “CONCUBINATO. – O concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isto não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato. Assim, serve ele de base à reivindicação dos bens comuns doados ou transferidos pelo marido à concubina (Código Civil, arts. 248, 1.177); à ação de investigação da paternidade, nos casos de art. 363, I; etc. E a legislação social o vê.” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo VII... p. 174) Interessante notar que o próprio Pontes de Miranda vale-se da metáfora da visibilidade e invisibilidade do concubinato, posto que, segundo seu entendimento, para a legislação social ele é um fenômeno juridicamente visível.

⁵⁸ Acórdão do STF de 1955, nos termos do voto do Relator, reconheceu efeito ao concubinato estabelecido entre Maria Virgínia de Jesus e Anselmo Cardozo de Carvalho, que em união viveram de 1928 a 1947, todavia, manteve a decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, visto que, para dar provimento ao Recurso Extraordinário indispensável seria a reapreciação da prova. Assim, em seu voto, pronunciou-se o Min. Afrânio Antônio da Costa: “A simples leitura dos autos deixa claro a impressão de que a prova da contribuição da senhora em prol do patrimônio do falecido é de uma clareza meridiana. Infelizmente, assim não entendeu o Tribunal que é soberano na apreciação da prova.” Portanto, apesar de reconhecer a contribuição da concubina para a formação do patrimônio do companheiro falecido, o STF não conheceu do Recurso Extraordinário em razão da limitação de alçada imposta pela Constituição. Todavia, a declaração de voto do Min. Mário Guimarães é reveladora de postura bem mais conservadora, que, certamente, ainda prevalecia no Supremo Tribunal Federal, nos anos de 1950. Seu entendimento foi explicitado nos seguintes termos: “Também não conheço dos recursos. Nem mandaria pagar coisa alguma, porque ela não é uma assalariada — e isso mesmo reconheceu o acórdão — e como comunheira, não tem direito à comunhão, porque não é casada. Mas, se pelo trabalho de ambos, eles lograram alguns bens, então, o que deveria ter feito era a apuração de uma sociedade de fato e precisaria saber com quanto capital entrou cada um dos sócios. Serviços de concubinato, eu, habitualmente, não os mando pagar. Tais serviços não merecem remuneração alguma.” (STF - Recurso Extraordinário 26.755 BA, Rel. Min. Afrânio Antônio da Costa. J. 23.06.1955)

⁵⁹ Em 1960, acórdão, também, da lavra do Min. Afrânio Antônio da Costa, foi ementado nos seguintes termos: “CONCUBINATO: esforço comum, por falecimento de um dos concubinos metade dos bens pertence ao outro.” Tratava-se de Recurso Extraordinário de acórdão proferido em sede de ação rescisória. O acórdão do Tribunal Regional que se buscava rescindir havia reconhecido à concubina viúva direito à metade dos bens que, por esforço conjunto, foram amealhados durante 20 anos de vida em comum. O fundamento alegado para o Recurso Extraordinário era de que o acórdão rescindendo ofenderia o art. 163 da Constituição de 1946, que assegurava proteção especial à família. Sobre a questão constitucional, pronunciou-se o Min. Relator em seu voto: “A citação do texto constitucional que diz respeito à família não se ajusta à hipótese, porque uma coisa é impedir o locupletamento de alguém com o esforço de outrem, e outra coisa é a proteção à família”. (STF - Recurso Extraordinário 40.586 SP, Rel. Min. Afrânio Antônio da Costa. J. 11.12.1959). No caso em apreço a recorrente era filha do companheiro falecido que buscava rescindir o acórdão que assegurou a meação à companheira de seu pai. Ainda que a fundamentação do acórdão do STF não reconheça qualquer sombra de família no concubinato — o citado art. 163 da Constituição Federal estabelecia: “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado” — não poderia prevalecer o enriquecimento sem causa. Nesta direção é que se firmou entendimento que veio a consolidar-se na Súmula 380.

morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”. Em 1964, é editada a Súmula 380, já referida e considerada anteriormente, fixando que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Na mesma data é, também, aprovada a Súmula 382, reconhecendo que “a vida em comum sob o mesmo teto, ‘*more uxorio*’, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Também, ainda no ano de 1964, é aprovada a Súmula 447, que reconhece a inexistência de nulidade em razão de presunção de disposição testamentária por meio de interposta pessoa, quando é beneficiário o então denominado “filho adúltero”. Assim, dispôs a referida Súmula: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adúltero do testador com sua concubina”. Quebrado estava, efetivamente, o silêncio da jurisprudência em relação a efeitos jurídicos reconhecidos ao concubinato.

Na doutrina, o silêncio é rompido com a obra de Edgard de Moura Bittencourt, *O Concubinato no Direito*, cuja primeira edição, apresentada em dois volumes, data de 1961.⁶⁰ Antes deste trabalho mais expressivo e referencial no tratamento da matéria atinente ao concubinato, foram publicados apenas artigos esparsos como o de Caio Mário da Silva Pereira, *Concubinato: sua moderna conceituação*,⁶¹ ou o de Alípio Silveira, *Do concubinato e seus efeitos jurídicos*.⁶²

Bittencourt esclarece que o objetivo de sua monografia é a “conceituação do concubinato capaz de operar efeitos jurídicos positivos”.⁶³ Ele rechaça a ideia de se buscar o sentido e as raízes do concubinato contemporâneo no direito romano ou na cultura grega, ou

⁶⁰ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. 2 v. Rio de Janeiro: Alba, 1961. Bittencourt mesmo assevera: “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 reprimi-lo, por qualquer forma”. (BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. I. Rio de Janeiro: Alba, 1961. p. 29). Ainda que seja verdadeira a observação de Bittencourt, não se pode esquecer que as Ordenações Filipinas previam o direito a meação para aqueles que, vivendo *more uxorio*, não lograssem provar o estado de casado. No Livro IV, Título XLVI, §§ 1º e 2º encontram-se as seguintes disposições: “Todos os casamentos feitos em nosso Reino e senhorios se entendem feitos por Carta de ametade; salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contratada, porque então se guardará o que entre elles for contractado. Outrossim, serão meeiros, provando que estiveram em casa teúda e manteúda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que, segundo o Direito, baste para presumir Matrimônio entre eles, posto se não provem as palavras de presente.” (ALMEIDA, Cândido Mendes de (org) **Ordenações Filipinas**, vols. 1 a 5. Rio de Janeiro. 1870, p. 832-834. Texto digitalizado disponível em <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Consulta realizada em 18/06/2011). Note-se, portanto, que não se trata propriamente de reconhecimento de efeito jurídico ao concubinato, mas, antes, de prova de posse do estado de casado, para aqueles que não conseguem provar a celebração do casamento perante a igreja.

⁶¹ Em 1960, Caio Mário da Silva Pereira escreveu artigo que foi republicado em edição comemorativa da Revista Forense: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Concubinato: sua moderna conceituação**. Revista Forense: comemorativa - 100 anos. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 151-160, v. 4.

⁶² SILVEIRA, Alípio. Do concubinato e seus efeitos jurídicos. In: **Archivo Judiciario. Suplemento**, v. 61, p. 63-74, jan. 1942.

⁶³ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. I... p. 54.

ainda na Idade Média.⁶⁴ Pretendeu, antes, encarar o concubinato, à época em que escreveu, como “expressivo fato social, a demandar delicadas soluções jurídicas”.⁶⁵ Bittencourt captou perfeitamente o desvio que a abordagem jurídica do concubinato provocava. O tratamento meramente punitivo do concubinato desresponsabilizava o homem e vitimava a mulher. O homem que não quisesse sobre si as responsabilidades que o Estado impunha ao casamento — algumas até de natureza penal — mas que não dispensasse as benesses da vida conjugal, amancebava-se. Todavia, quando lhe fosse conveniente, rompia a união. “Sai, então, vitorioso, em nome da moral, o agente que, pensando bem, deveria sofrer o maior castigo. E se sacrifica a verdadeira vítima”.⁶⁶

Ainda que a obra de Bittencourt demande especial análise pelo que representa em termos de inédita abordagem do concubinato, no Brasil, à época em que foi escrita — face aos limites e objetivos propostos nesta tese — cumpre apenas apontar alguns temas tratados pelo autor que, por sua pertinência, ainda são atuais e instigantes. Consagra o entendimento segundo o qual o concubinato é um fato social multifacetário,⁶⁷ que não deve ter o seu conceito reduzido à determinada fronteira, de tal sorte que podem ser concubinato a união dos que vivem em posse de estado de casado, mas não têm como provar a regularidade da celebração do casamento, passando por aqueles que celebraram apenas o casamento religioso sem efeito civil, os que vivem em longa e reconhecida união estável *more uxorio*, até a união adúltera paralela ao casamento. Tudo é concubinato.

Esta percepção de Bittencourt é coerente com o atual princípio constitucional da pluralidade de entidades familiares. Característica fundamental das uniões informais está exatamente em sua plasticidade. Decorrência necessária desta constatação será o reconhecimento de que regras precisas não podem ser fixadas como é comum para o casamento. Princípios e cláusulas gerais melhor se ajustam para o tratamento de situações jurídicas subjetivas que não têm qualquer modelo prefigurado em lei e que se conformam e se estruturam em razão de fatores sociais e conjunturais específicos.

⁶⁴ “Que interesse oferecerá, por exemplo, o próprio Direito Romano, quando no Digesto consigna cinco leis sobre o concubinato, chegando a permitir que o chefe de uma província pudesse ter por concubina uma mulher natural dela? Que importa, outrossim, que tão arraigado estivesse o concubinato na Idade Média que, sem embargo de sua aversão ao instituto, o cristianismo o tenha tolerado? Que importa, finalmente, que entre os gregos, a concubinagem não acarretasse qualquer desconsideração e que fosse, em certa medida, reconhecida pelas leis?” (BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. I... p. 55 e 56)

⁶⁵ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. I... p. 56.

⁶⁶ Ibid. p. 57

⁶⁷ Ibid. p. 63.

Além de conceber o concubinato como fato social multifacetário, Bittencourt entende ser ele um fato jurídico, isto é, “como acontecimento ao qual o corpo jurídico positivo concede consequências jurídicas”.⁶⁸ Extrai fundamento para assumir tal posicionamento de precedentes da jurisprudência pátria que, ao interpretar a Lei de Acidentes do Trabalho,⁶⁹ reconheceu à companheira — inclusive de homem casado mas separado de fato — o direito de receber a cobertura securitária em razão de morte do companheiro por acidente de trabalho. A jurisprudência acabou por consolidar o entendimento de que a expressão “pessoa a quem a subsistência provesse” poderia ser aplicada à concubina. Na esteira da jurisprudência, o Decreto 24.637, de 10 de julho de 1934, fez expressa referência à companheira nos casos da cobertura securitária.⁷⁰ A legislação posterior não mais retrocedeu em relação a esta garantia dada à companheira. Note-se que para os efeitos positivos decorrentes do concubinato jamais é utilizada a palavra *concubina*, mas, sim, *companheira*. Bittencourt reconhece a importância que teve a Lei de Acidentes do Trabalho para o tratamento do concubinato no Brasil. Assinala que foram os juízes, em contato cotidiano com a realidade social, que abrandaram a norma, mas, a um só tempo, abrandaram-se eles próprios, para compreender o sentido mais humanitário do Direito, que se revela tocante no campo da infelizmente. Nesta área, os problemas humanos ganham a visão ampliada.⁷¹

Em relação aos benefícios previdenciários, reconhece Bittencourt que o exercício hermenêutico da jurisprudência, para não deixar ao desamparo a companheira em razão da morte de seu consorte, foi ainda mais exigente e longo. O legislador demorou a reconhecer, expressamente, à companheira o direito ao recebimento de pensão por morte daquele que com ela vivia em estável união. A chamada concubina recebeu o amparo da jurisprudência em razão da evocação constante de um direito social. Bittencourt cita voto de Aguiar Dias, proferido no antigo Tribunal Federal de Recursos, nos seguintes termos:

⁶⁸ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. I, p. 64.

⁶⁹ O Decreto 3.724, de 15 de janeiro de 1919, chamada Lei de Acidentes do Trabalho, no § 3º do art. 7º dispunha “Na falta de cônjuge, ou estando este divorciado por culpa sua ou voluntariamente separado, e não havendo herdeiros necessários, se a vítima deixar pessoas cuja subsistência provesse, a essas pessoas deverá ser paga a indenização, reduzida neste caso à soma igual ao salário de um ano”.

⁷⁰ O art. 20, § 3º do Decreto 24.637, de 10 de julho de 1934, dispôs: “Em caso de morte, a indenização consistirá numa soma calculada entre o máximo de três anos e o mínimo de um ano de salário da vítima, e, salva a hipótese do art. 23, será paga de uma só vez, na forma dos parágrafos seguintes. (...) § 4º Para os efeitos desta lei, equiparam-se aos legítimos os filhos naturais e à esposa a companheira mantida pela vítima, que hajam sido declarados na carteira profissional”.

⁷¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. II. Rio de Janeiro: Alba, 1961. p. 211. Ao tempo em que escreveu Bittencourt a questão da culpa na dissolução do vínculo matrimonial ainda tinha consequências relevantes. O cônjuge supérstite desquitado somente era excluído da condição de beneficiário do seguro acidental se, voluntariamente, houvesse abandonado o lar ou tivesse sido considerado culpado na ação de desquite. Tanto é assim que pondera Edgard de Moura Bittencourt: “Não é possível, portanto, deixar de atender o largo alcance da Lei de Acidentes do Trabalho e a extensão de sua exegese, ao serem examinadas as pretensões da companheira. A amplitude só deverá encontrar obstáculo nos interesses da esposa inocente”. (BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. II. p. 212.)

O legislador brasileiro, atendendo a imperativo de evolução social, consagrou de há muito a proteção à concubina, isto porque, nos meios mais humildes, o concubinato transformou-se em verdadeiro casamento. Esforços de educação, tanto por parte de autoridades civis como das religiosas, não têm conseguido remover essa irregularidade da nossa vida social e o juiz tem que lidar com os dados sociais e não apegar-se a teorias. A justificação do estado de casada não prova casamento. Se a justificante, ela própria, reconhece que nunca houve casamento, não pode com a justificação suprir a prova do casamento, a que ela mesma se reporta. Eu, como disse, lidando com os fatos sociais, não posso deixar de conceder em parte, o mandado, reconhecendo que é situação sólida, não obstante os preconceitos existentes, é sólida nas classes mais humildes, e, para não ser indiscreto, em outras classes, o concubinato existe com fôros de casamento.⁷²

Não raro, questões de ordem moral tornavam-se determinantes para a concessão do benefício à companheira, mesmo que esta provasse a dependência econômica do segurado falecido.⁷³ Somente com a Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, que revogou os regimentos anteriores, é que surge previsão expressa da possibilidade de inscrição da companheira como dependente do segurado.

Do trabalho de Edgard de Moura Bittencourt, cabe destacar também a crítica que já, antes da edição da Súmula 380, fez à teoria da sociedade de fato, para justificar a proteção à concubina. Considera tratar-se antes o concubinato de uma sociedade civil de natureza especial. Embora, ele próprio, entendendo que “o concubinato é um estado”,⁷⁴ sustenta que a sociedade não se presume do mesmo. Para o autor, “não nasce a sociedade, como no matrimônio, apenas pelo fato do concubinato; não cria o concubinato, por si só, nenhuma comunhão de bens ou de interesses”.⁷⁵ Acompanhando a jurisprudência dos tribunais brasileiros da época, afirma que a sociedade e comunhão de bens devem ser provadas.

Por fim, especialmente, tendo em consideração a linha nuclear desta tese, merece destaque o reconhecimento de efeitos jurídicos positivos do concubinato adulterino observados pela análise atenta de Bittencourt. Ele bem percebeu que a Lei de Acidentes do Trabalho abriu caminho para o reconhecimento de efeitos jurídicos ao concubinato adulterino, naqueles casos em que o desquite ou a separação de fato se deu por vontade da esposa legítima ou por culpa desta. Ressalta Bittencourt ser delicada a tarefa do juiz que deverá investigar e decidir com base na perquirição da culpa pelo desfazimento da sociedade

⁷² BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. II, p. 235 e 236.

⁷³ Bittencourt sinaliza que não raro, mesmo a antiga jurisprudência, mais favorável à concubina, não deixava “de examinar os aspectos como a união concubinária se estabeleceu, sobretudo em relação à esposa legítima separada. O Tribunal Federal de Recursos acolheu os seguintes fundamentos de sentença recorrida ao recusar razão a uma concubina: ‘Não houve, na espécie, desquite judicial e a esposa é pobre, tendo que viver de lavar roupa... Mas, pelo abandono em que a deixou o marido para sustentar a amante, achou o réu que ela perderia o direito à pensão porque não vivia na dependência econômica do *de cuius*. Embora, em direito social, a dependência econômica seja uma situação de fato e não jurídica, não pode, todavia, revogar as obrigações do marido, porque seria aplaudir atitude pouco abonadora deste.’” (BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. II. p. 237-238).

⁷⁴ BITTENCOURT, op. cit., p. 275.

⁷⁵ BITTENCOURT, op. cit., p. 277 e 278.

conjugal. O embate entre esposa e concubina revela-se espinhoso porque a lei é obscura em relação ao ônus da prova da culpa ou da inocência. Fato é que o mencionado autor evita referência a concubinato puro ou impuro.

2.2 Da família sem casamento: entre a pureza e a impureza

Ao se construir reflexão autônoma sobre a família sem casamento, os juristas brasileiros começaram a distinguir entre concubinato puro e impuro. Os precedentes que constituíram base para a Súmula 380 não reconhecem efeito ao concubinato, mas, sim, à sociedade de fato a ele subjacente. Logo, se para o ordenamento jurídico da época não se tratava de família, e a tutela jurídica prestada era, antes e tão somente, a uma dada sociedade de fato, não haveria razão para se cogitar da pureza e da impureza da referida relação.

A analogia com a sociedade de fato era ambígua e contraditória. Negava-se veementemente a existência de família, eram reconhecidos direitos tão somente aos partícipes do concubinato puro. Se na sociedade de fato é que o olhar jurídico punha sua atenção, em nada deveriam importar os fatores de natureza tipicamente familiar. Mas, em verdade, não foi o que ocorreu. A própria terminologia empregada — *puro e impuro* — denuncia a natureza do tratamento jurídico dado às uniões sem casamento.

A distinção entre pureza e impureza da relação concubinária, na dicção da doutrina que se formulou à época, além dos impedimentos para o casamento, recaía fundamentalmente na verificação da fidelidade da mulher. Mesmo em edições recentes da obra de Sílvio Rodrigues foi mantido o seguinte conceito de concubinato: “a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implique uma presumida fidelidade da mulher ao homem”.⁷⁶ Ele entende que a fidelidade da mulher é elemento inafastável por duas razões: a evidência do propósito da vida em comum e a preservação da presunção *pater is est* em relação aos filhos que eventualmente venha a gerar durante o período da relação mantida com o companheiro.

Este requisito da necessária fidelidade da mulher ao homem para caracterização da pureza do concubinato, e, conseqüentemente, para a configuração da atual união estável, é por Sílvio Rodrigues ressaltado, pois, no seu entender, “dentre os vários elementos capazes de configurar a união estável, o que, realmente, parece fundamental para esse fim é a presumida

⁷⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**... p. 287.

fidelidade da mulher ao homem”.⁷⁷ Surpreende que concepção tão desconectada da principiologia constitucional, que molda o Direito de Família contemporâneo, tenha sido mantida em edições da obra de Silvio Rodrigues posteriores ao ano de 1988.

Esta visão em relação à necessária fidelidade da mulher ao homem, para caracterização do concubinato, é compartilhada por diversos autores que trataram do tema antes da Constituição de 1988. Luiz Pinto Ferreira define o concubinato como “a união estável e prolongada de homem com mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo pelos laços do casamento, revestindo-se, porém, tal união, necessariamente, de algum requisito, como a notoriedade, fidelidade da mulher e continuidade de relacionamento sexual.”⁷⁸ Sem qualquer constrangimento, a doutrina consagrou a fidelidade unilateral da mulher como elemento essencial à configuração do concubinato dito puro.

Em termos de sobrecarga posta sobre a concubina, merece, também, especial consideração a caracterização do concubinato puro formulada por Antônio Chaves. Segundo o referido autor, são cinco os elementos que, em conjunto, configuram o concubinato puro. O primeiro recai fundamentalmente sobre o papel da mulher: “união fiel, com dedicação recíproca e colaboração da mulher no sustento do lar, na sua função natural de administração e de provedora, não como mera fonte de disposição e de despesas.”⁷⁹ Sobressaem a fidelidade e o fato de que a mulher não pode ser tão somente *beneficiária* da manutenção masculina. Para constituir-se o concubinato puro, a concubina deve assumir a *função natural* esperada das mulheres, isto é, a de administração e provisão. Em segundo lugar, Chaves aponta a notoriedade, no sentido de que a manutenção de laços íntimos deve ser ostensiva. O terceiro elemento caracterizador do concubinato puro seria a duração relativamente prolongada. O quarto diz respeito à exigência de que “nenhum dos parceiros esteja vinculado por matrimônio válido, e até mesmo, por outro liame de barregania, e que não se trate de união incestuosa”.⁸⁰ Logo, o conceito de concubinato puro repulsa, até mesmo, a duplicidade de concubinatos, bem como a união entre pessoas que estão impedidas de se casar em razão do grau de parentesco. Por fim, como último requisito, indica a inexistência de compromissos recíprocos, isto é, a inexistência do casamento.

Ao tratar de distinguir entre concubinato puro e impuro, Álvaro Villaça de Azevedo indica que, comumente, a palavra *companheira* presta-se a designar “a concubina, no

⁷⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*.... p. 287.

⁷⁸ FERREIRA, Luiz Pinto. *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 113.

⁷⁹ CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil: direito de família*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 12.

⁸⁰ *Ibid.* p. 12.

concubinato puro, e o vocábulo *concubina*, quando da união impura”.⁸¹ O concubinato impuro ou concubinagem, segundo Azevedo, ao contrário do puro, não deve merecer nenhum reconhecimento dos órgãos públicos, nem da sociedade, dele não surtindo qualquer efeito, salvo para o caso do concubino de boa-fé, como ocorre, também, no casamento putativo, para se evitar o enriquecimento sem causa.⁸² Os critérios de distinção e de exclusão de juridicidade para o fato social reforçam a condição de invisibilidade a que são relegadas pessoas que vivem situação subjetiva existencial que não se conforma à moldura jurídica previamente formatada.

A distinção entre concubinato puro e impuro, com denotada carga moralista, impõe o estabelecimento de *lugares de não-direito*, de desamparo, especialmente, à mulher, a quem desde as construções mitológicas é imputada a culpa pela impureza, pelo pecado. Como bem percebeu Ana Carla Harmatiuk Matos, a carga negativa e pejorativa atribuída ao concubinato é, sobretudo, dirigida à mulher na família não matrimonializada.⁸³ A diferenciação entre concubinato puro e impuro é reveladora de uma discriminação social incorporada como que naturalmente e sem ressalvas pelo discurso jurídico. A tonalidade das lições da dogmática mais conservadora deixa transparecer a concepção moralizante que deveria ser ocultada pela exatidão e assepsia de um discurso apenas ancorado na legalidade.

2.3 Do concubinato à união estável: instabilidades da transição

A união estável ainda não ganhou estatuto próprio, consentâneo com o tempo atual e com a ordem constitucional estabelecida a partir da Carta de 1988. Herdeira do concubinato, não se desvencilhou ainda da carga negativa inscrita em seu código genético. O instituto vai-se formando a solavancos. Há os que o impulsionam para uma refundação a partir da nova tábua axiológica fixada pelos princípios constitucionais, porém, há, e ainda em grande número, aqueles que buscam o sentido e o alcance do conceito de união estável nas bases em que se consolidou a noção de concubinato.

⁸¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 166.

⁸² Ibid. p. 165.

⁸³ Para demonstrar o acento discriminatório da mulher, a autora destaca: “A título exemplificativo, observa-se trazer o dicionário Aurélio apenas o verbete concubina (no feminino) sendo: ‘mulher que vive amasiada com um homem; amante, amásia.’ Não diferentemente, consta no dicionário Michaelis a palavra concubina significando ‘mulher ilegítima, amásia, barregã’. Não há, nos mencionados dicionários, o verbete concubino (no masculino). A verificação desta ausência, nos dicionários, tem uma carga de significação relevante, quer pelo não reconhecimento da existência do substantivo masculino, quer pelo significado deferido na utilização deste substantivo no feminino”. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 42.)

Trata-se, portanto, de situar a união estável à margem do casamento, tendo-o como o grande referencial, para, a partir dele, caracterizá-la, ou de concebê-la como uma das formas de constituição de família, em pé de igualdade com o matrimônio, anteriormente, considerado o único meio idôneo a originar a família classificada como legítima.

O delineamento da união estável como instituto distinto do casamento e não vinculado aos estigmas do concubinato foi traçado por dois professores que sempre estiveram à frente de seu tempo e enxergaram peculiaridades da recém consagração constitucional da união estável como entidade familiar. José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz captaram elementos da união estável sem se enredar por equívocos grosseiros que até o presente dominam a legislação, boa parte da doutrina e a própria jurisprudência.

Em publicação de 1990, afirmavam: “o concubinato é, portanto, uma pura relação de fato”. Em razão desta percepção concluíam que, diferentemente do casamento, não é cabível a imposição de deveres para a união de fato. “Os concubinos não têm obrigação de vida em comum. De modo que esta se assenta na vontade do casal cotidianamente renovada. Por isso se diz com razão que na vontade de uma relação estável reside o elemento determinante do concubinato.”⁸⁴

Diferentemente do pensamento tradicional, sustentaram que as relações sexuais não podem ser exigência categórica para a configuração do concubinato e argumentavam que esta era questão da vida íntima dos casais, uma esfera protegida, que não poderia ser devassada pelo Estado juiz, senão quando o interesse público tornasse a interferência necessária. Para os civilistas cuja produção é tomada em análise, o concubinato, com a Constituição Federal de 1988, constitui uma relação de fato que, como o casamento, “entra igualmente no âmbito do juridicamente relevante”, pois, “a rigor não é essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento”. Isto significa, portanto, que “casamento e família são realidades diversas”.⁸⁵ A autonomia da união estável em relação ao casamento é clara para estes autores, pois sustentam: “o que interessa é a relevância social da relação de fato em si mesma, cujo substrato é a comunhão de vida (um *ménage* comum) estabelecida entre o homem e a mulher”.

Oliveira e Muniz, todavia, ponderam que o reconhecimento do fato social, no plano jurídico, não pode ter como consequência “submeter, autoritariamente, e de um modo geral, a união de fato às disposições do direito matrimonial. Como logo se vê, isso significa impor a

⁸⁴ OLIVEIRA José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** – direito matrimonial. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 79.

⁸⁵ Ibid.. p. 89.

disciplina jurídica do matrimônio à convivência de duas pessoas que jamais manifestaram a intenção de casar. (...) O casamento é uma liberdade que compreende, por evidente, a liberdade de não se casar.” Houvesse esse pensamento orientado o codificador de 2002, não teria o Código Civil vigente enveredado por equívocos tão acentuados como os que marcam a regulação da união estável. A união estável não é casamento.

Os professores José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz vão mais longe. Repelem a distinção entre concubinato puro e impuro. Na verdade, sequer fazem referência a esses termos tão usuais em manuais de Direito Civil no Brasil. Analisando acórdão da lavra do Ministro Francisco Rezek, censuram a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal,⁸⁶ que entendeu não ser possível a existência de uma sociedade de fato entre um homem casado e sua companheira, em razão da jurisprudência que serviu de base para a Súmula 380, e a que se formou posteriormente, por haverem fixado que a noção de sociedade de fato só pode ser aplicável a concubinos desimpedidos. Lamartine Oliveira e Muniz perguntam “...justificar-se-á esta solução?”, para prontamente responder: “Cremos que não.”⁸⁷

Face à importância dos argumentos dos civilistas citados para os propósitos em evidência neste ensaio, estes devem ser transcritos na sua integralidade:

A decisão do Supremo Tribunal Federal é, a rigor, manifestação pontual de considerar o concubinato adúltero contrário à ordem pública e aos bons costumes, o que transparece na expressa referência “aos fundamentos da moral constituída” ou “a dupla meação em detrimento da família legítima”. Com efeito, se o imóvel tivesse sido adquirido por um sócio, por conta de uma sociedade de fato e em virtude de atos de gestão, com vista à formação de valores economicamente comuns, não se deixaria de tratar o sócio-não-proprietário como economicamente proprietário do patrimônio social. Esta é a ordenação básica. Ao afastá-la, o Supremo Tribunal Federal desconsiderou a situação comunitária, consubstanciada pela integração do trabalho dos companheiros, porque um deles era casado. Necessidades imperiosas de harmonia da ordem jurídica e da justiça dão razão ao voto vencido do Ministro Aldir Passarinho, pois, como salientara o Desembargador José Brison, “o bem, adquirido mediante esforço comum, não se comunica à esposa na sua totalidade, para que se considere imoral ou ilegal a participação da concubina, porque essa comunicação apenas se faz na parte que corresponde ao marido, afastado o quinhão da concubina. Embora único o bem, comportava divisão e na parte restante é que poderá ser objeto de meação da esposa”.⁸⁸

No entendimento esposado pelos referidos autores estava condensada e em germe a tese que ora se busca sustentar. Perceberam com absoluta lucidez que havia notória contradição na aplicação da Súmula 380, tão somente, para os casos em que não ficasse caracterizado o

⁸⁶ O acórdão analisado recebeu a seguinte ementa: “CONCUBINA. PARTILHA PATRIMONIAL. RÉU CASADO. COMPREENSÃO DA SÚMULA 380. A ação de partilha patrimonial promovida pela concubina não pode prosperar se o réu é casado, visto que tanto conduziria ao despropósito da dupla meação. A súmula 380, interpretada à luz da jurisprudência que lhe serviu de base, e daquela que lhe sobreveio, refere-se a concubinos desimpedidos.” (STF, RE 103775-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho. DJ: 19.12.1985).

⁸⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**.... p. 118.

⁸⁸ Ibid. p. 119.

concubinato adúltero. Se o que estava em consideração era a sociedade de fato e não a família formada pelo concubinato, não fazia sentido suscitar a questão do impedimento ou desimpedimento dos concubinos.

Esta compreensão, todavia, embora consequente e solidamente fundamentada na mais avançada doutrina estrangeira, não logrou ser hegemônica. Ao contrário, bom número de civilistas tem insistido na distinção entre o concubinato puro e impuro, na transposição dos deveres do casamento para a união estável, e na classificação desqualificadora de dadas situações subjetivas de convivência amorosa, para marginalizá-las da tutela jurisdicional do Estado.

2.4 Código Civil de 2002: ambiguidades remanescentes

O ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à regulamentação das relações de família, vive verdadeiro paradoxo. De um lado, a Constituição Federal, superando o modelo de família originada exclusivamente do casamento, consagrou o princípio da *pluralidade de entidades familiares*, e, de outro, o sistema do Código Civil de 2002 — ainda que, por exemplo, trate da união estável, ressuscitou a noção de *concubinato* que parecia já definitivamente superada pela Constituição Federal e pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996.⁸⁹ Ao que anteriormente era designado como concubinato impuro o Código Civil de 2002 denominou simplesmente *concubinato*, consagrando a seguinte definição legal em seu art. 1.727: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

A regulação da união estável pelo Código Civil de 2002 tem merecido severas críticas, tanto no que se refere à matéria da conjugalidade surgida de tal relação, como também no que respeita à matéria sucessória. Cabe, neste espaço, somente, reflexão sobre o concubinato, reconsagrado pelo já referido art. 1.727 do Código Civil.

A primeira crítica que aflora refere-se à redação deste dispositivo do Código Civil, posto que faz configurarem concubinato as relações não eventuais entre pessoas impedidas de se casarem,⁹⁰ contrariando o próprio art. 1.723 que, em seu parágrafo primeiro, admite a união

⁸⁹ A este respeito escreveu Luiz Edson Fachin: “Antes tratava-se do concubinato, suas formas e espécies, efeitos jurídicos de um fato. Não mais agora. A questão não é apenas semântica, é histórica, cultural e jurídica. (...) E aí não há mais lugar legítimo para a designação do concubinato”. (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família** – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 62-63)

⁹⁰ A noção de que o reconhecimento da união estável somente seria possível entre pessoas para as quais não houvesse impedimento para o casamento apareceu, inicialmente, na reflexão de alguns civilistas. Por exemplo, Guilherme Calmon Nogueira da Gama especifica a figura dos *concubinos em sentido estrito*, distinguindo-a do companheirismo, e sustenta que “para a existência do companheirismo, não é possível a presença de qualquer impedimento matrimonial entre os

estável entre os companheiros, ainda que um ou ambos sejam casados, bastando que estejam separados judicialmente ou de fato. Quem é separado judicialmente ou de fato está impedido de contrair novo casamento, mas, ao estabelecer união de fato, esta enquadrar-se-á na moldura da união estável e não do concubinato, como, contraditoriamente induz a leitura do dispositivo legal tomado em consideração.⁹¹

Ainda que truncada a redação, o art. 1.727 do Código Civil prestou-se a reforçar a distinção entre concubinato puro e impuro.⁹² Nas palavras de Zeno Veloso, ao comentar o referido dispositivo, “concubinato, assim, sem adjetivação alguma, é a figura que, no passado, para distinguir do concubinato puro — atualmente chamado companheirismo ou união estável — denominava-se concubinato impuro.”⁹³ Tão ambíguas quanto a lei têm sido as conclusões ou consequências que dela são extraídas. Zeno Veloso mesmo assevera que “o concubinato não gera direito e deveres nem produz os efeitos da união estável. Isto não quer dizer, todavia, que o concubinato não produz qualquer efeito”.⁹⁴ A solução que sugere é a aplicação da antiga Súmula 380 do STF, isto é, a tutela da sociedade de fato e não da família.

A desclassificação da condição de família fica clara ao longo de sua reflexão: “Se o concubinato viola a moral, ofende os bons costumes, afronta os princípios das **verdadeiras entidades familiares**, não é por isso que se vai permitir que ocorra a exploração humana, que um dos concubinos enriqueça e prospere financeiramente, reduzindo-se à miséria o outro...” Se existem famílias que são verdadeiras é porque existem as que são falsas ou apenas arremedos de família. Assim, “a união estável é entidade familiar que, na constituição e nos efeitos, é regulada pelo Direito de Família; o concubinato, conforme o caso concreto, pode determinar efeitos patrimoniais, disciplinados pelo Direito das Obrigações”.⁹⁵

companheiros, já que do contrário estar-se-ia estimulando a proliferação de ‘uniões estáveis’ em detrimento das uniões matrimoniais, o que não é o desejo constitucional.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo** – uma espécie de família. 2 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 545). Nesta perspectiva de análise, a possibilidade da conversão da união estável em casamento prevista na Constituição Federal seria um indicativo de que ao casamento é consagrada valoração superior àquela endereçada à união estável. Em outro trecho de sua obra o autor é ainda mais contundente: “De maneira sucinta: o casamento é estimulado pela Constituição Federal, ao passo que o companheirismo é reconhecido no próprio texto, sendo que ambos, como instrumentos, devem atender ao objetivo constitucional de promoção da dignidade da pessoa dos seus partícipes. E, neste sentido, ao casamento ainda é reservada posição de destaque, representativa do ideal de união entre pessoas de sexos diferentes como um projeto de vida familiar comum.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo** – uma espécie de família. 2 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 79).

⁹¹ A crítica à redação é referida, entre outras, nas seguintes obras: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo código civil. Vol. XX:** da união estável, da tutela, da curatela. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 219; LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

⁹² Álvaro Villaça de Azevedo, ao comentar o referido dispositivo diz: “Certamente que esse artigo trata do concubinato impuro ou adúltero”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 421).

⁹³ VELOSO, Zeno. **Código civil comentado:** direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela: arts. 1.694 a 1.783, vol. XVII. São Paulo: Atlas, 2003. p. 155.

⁹⁴ *Ibid.* p. 156.

⁹⁵ *Ibid.* p. 156.

Ainda que faça críticas à construção gramatical, Rodrigo da Cunha Pereira conclui que “a redação do art. 1.727 traduz, em suma, uma evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial, que veio se fazendo ao longo das últimas décadas, especialmente após a Constituição da República de 1988. Em outras palavras, concubinato é um gênero que comporta duas espécies: o concubinato não-adulterino, denominado então de união estável, e o concubinato adulterino a que podemos nomear de concubinato propriamente dito.”⁹⁶ Não é possível concordar com tal leitura. O referido dispositivo é indicativo de retrocesso e não de evolução.

Não há como pensar o concubinato, previsto no Código Civil de 2002, sem retroagir ao passado de desclassificação da família não-matrimonializada que só encontrava amparo por meio de uma analogia forçada com a sociedade de fato, porém, como família, jamais vista ou considerada. A mesma experiência de discriminação se dá em relação à união de pessoas do mesmo sexo, consagrada atualmente pela expressão *união homoafetiva*. Em que pese a importante decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132,⁹⁷ reconheceu como união estável aquela formada entre pessoas do mesmo sexo, não faz muitos anos, o Superior Tribunal de Justiça ainda consagrava entendimento segundo o qual a dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo constituía matéria de competência das varas cíveis, por se tratar de relação meramente obrigacional, e não das varas de família.⁹⁸

⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo código civil. Vol. XX:** da união estável, da tutela, da curatela. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 218.

⁹⁷ No dia 05 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADPF 132 e a ADI 4277 reconheceu a união homoafetiva – aquela formada por pessoas do mesmo sexo – como entidade familiar e sendo que dela devem decorrer todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrada no art. 226, § 3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil.

⁹⁸ “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido”. (STJ – REsp. 502995 / RN. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data de Julgamento: 26/04/2005. DJ 16/05/2005 p. 353). Atualmente, isto é, depois de cinco ou seis anos, o Superior Tribunal de Justiça mudou completamente seu entendimento, conforme demonstra ementa de acórdão a seguir transcrita: “CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA. 1. A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas. 2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido. 3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. 4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 5. A Lei

O signo da desqualificação e, portanto, da marginalização de determinadas famílias parece imperceptível a muitos civilistas, mesmo para alguns daqueles que advogam posições reconhecidas como muito avançadas por uma esmagadora maioria reacionária às transformações da percepção jurídica das famílias contemporâneas.

A noção de *concubinato*, reforçada pelo Código Civil de 2002, consagra-se, pois, como um estatuto de exclusão, expulsando do âmbito de proteção entidades familiares que — por força do art. 226 da Constituição Federal, e, fundamentalmente, em razão do princípio da dignidade humana — deveriam merecer especial tutela do Estado.

2.5 União estável: por uma nova conjugalidade desvencilhada do casamento

Considerado o princípio da pluralidade das entidades familiares, consagrado pela Constituição Federal de 1988, fazem-se prementes a construção doutrinária e a jurisprudencial que desvinculem a união estável do casamento. Como o casamento civil foi, por um longo período, o único meio de constituição de família reconhecido juridicamente, veio a se converter em referencial quase que natural e impositivo para o tratamento de toda e qualquer conjugalidade.

Mesmo depois de bom tempo da consagração da tábua principiológica fixada pela Constituição, o legislador, o doutrinador e a jurisprudência de um modo geral, ainda, pensam a conjugalidade a partir dos moldes do casamento. Daí resulta a dificuldade histórica, diga-se — de construção jurídica autóctone da conjugalidade no âmbito da família não fundada no casamento.

Verifica-se que houve como que uma imediata e irrefletida transposição de peculiaridades do casamento para a união estável, que nada têm em comum com a nova situação jurídica. Conquanto a experiência de uniões permanentes fora do casamento seja tão remota como são as instituições matrimoniais primitivas, certo é que a sua elevação a entidade familiar merecedora de tutela estatal é demasiado recente. Por esta razão, ainda não se desenvolveu, suficientemente, reflexão sobre este novo arranjo familiar, independente de uma visão contaminada pelo instituto do casamento.

Tanto é assim, que a própria Constituição estabeleceu que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Uma primeira leitura do texto constitucional pode levar à

Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual. 6. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp 827962 / RS. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Quarta Turma. Data de Julgamento: 21/06/2011. DJe 08/08/2011).

conclusão de que o reconhecimento da união estável como entidade familiar é uma mera condescendência para com aqueles que não formalizaram suas famílias pelos vínculos do casamento. Pode ser que, na mentalidade do constituinte, esta fosse mesmo a noção subjacente ao enunciado. Mas a Constituição é dinâmica e sua força resulta de sua própria interpretação sempre atualizada.

Nesta direção, apontou a interpretação que Paulo Luiz Netto Lôbo deu à locução “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Para o civilista, não existe, na frase, qualquer valor de juízo ou de comparação que coloque o casamento num grau hierárquico superior à união estável. Não se pode deduzir da expressão constitucional qualquer primazia para o casamento. Segundo ele, o comando constitucional não é dirigido aos jurisdicionados de um modo geral, como se o Estado se intrometesse na vida privada a dizer para cada brasileiro qual a melhor forma de ele constituir família. O comando constitucional é, antes, dirigido ao legislador infraconstitucional para que este, ao elaborar as leis, não coloque obstáculos à transformação de uniões estáveis em casamentos.⁹⁹ Não se trata de comparação valorativa, mas, sim, de instrução operacional. Nada mais.

Esta compreensão da norma constitucional revela-se como verdadeira premissa para o desenvolvimento de substancial reflexão jurídica sobre a união estável. Enquanto a união estável for tratada como uma derivação do casamento ou como um *quase-casamento*, as formulações jurídicas a seu respeito serão defeituosas.

Necessário é ter em vista que a união estável constitui fato social da maior relevância. Não se trata de *excepcional acidente* à normalidade das uniões matrimonializadas. Os dados do IBGE revelam número expressivo de conformações familiares fundadas na união estável.¹⁰⁰ Isto já seria razão suficiente para que esta situação fática, colhida por alguns doutrinadores como ato-fato¹⁰¹ — mas, que, em verdade, revela-se propriamente como relação jurídica de

⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, n° 12, p. 40-55, jan./mar. 2002. p. 43.

¹⁰⁰ O Censo de 2010 indica que 36,41% dos brasileiros vivem em união estável, 42,92% são casados civilmente e no religioso; 17,24% são casados apenas perante Cartório de Registro Civil e 3,43% são casados apenas perante autoridade religiosa e, portanto, () vivem também em união estável, nos termos da lei. (Dados dos Resultados Preliminares da Amostra – Tabela 3329 – Site do IBGE: www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=3329&z=t&o=1&i=P. Consulta em 21/12/2011)

¹⁰¹ Paulo Luiz Netto Lôbo considera a união estável como ato-fato jurídico, indicando que “no ato-fato jurídico, a vontade está em sua gênese, mas o direito a desconsidera e apenas atribui juridicidade ao fato resultante”. (LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 169). Este enquadramento da união estável como ato-fato jurídico não parece coadunar com a caracterização que Pontes de Miranda emprestou à noção de ato-fato. De forma elucidativa explicou: o “ato humano é fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela *vontade* do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, *lícito* ou *ilícito*, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação ‘fato homem’), com que se elide o último termo da primeira relação e o

direito pessoal de natureza familiar¹⁰² — recebesse sério tratamento jurídico que considere suas peculiaridades e sua complexidade. Não é admissível nem tão pouco honesto do ponto de vista acadêmico, bem como da perspectiva jurídico-prática, simplesmente, transpor para a união estável as formulações seculares construídas em torno do casamento.

Para enfrentamento da questão nuclear proposta como tese, é imprescindível, ainda que de forma pontual, demarcar contornos próprios da união estável. Tais demarcações permitirão reavaliação levada a efeito, no último capítulo, sobre a aplicação do princípio da monogamia às situações jurídicas caracterizadas como união estável.

Nas relações não-matrimonializadas reconhecidas, juridicamente, como constitutivas de família, sob a designação de *união estável*, pode ser considerada, atualmente, entre suas características, a desnecessidade de formalização contratual e cartorial.¹⁰³

O contrato escrito constitui mera faculdade para os companheiros regularem os aspectos patrimoniais de sua relação familiar. Todavia, a união estável independe, absolutamente, de qualquer termo e registro. Diferentemente do casamento, que tem existência jurídica em decorrência de um negócio solene, a união estável, em regra, obtém relevância jurídica *a posteriori*. Todavia, quando o casamento é tomado como paradigma, é verificada a tendência da união estável tornar-se cartorial.

A união estável é expressão de uma relação muito mais flexível e fluída. Ela existe e tem potencialmente a virtude de produzir efeitos jurídicos, sem qualquer declaração formal constitutiva. A união estável põe em cheque conceitos consolidados pela doutrina, quando se tinha em vista apenas o casamento. A questão acerca do *status familiae* do companheiro, por exemplo, revela-se complexa. Segundo ensina Orlando Gomes, o estado é uno e indivisível,¹⁰⁴

primeiro da segunda, pondo-se entre parênteses o *quid* psíquico, o ato-fato (independente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato.” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.) Geralmente do ato-fato são exemplo a especificação, como a pintura de um quadro, ou a produção literária e artística, etc.

¹⁰² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da eficácia. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁰³ Diferentemente do sistema brasileiro, o direito francês só admite a união estável realizada mediante contrato. O chamado pacto civil de solidariedade (PACS). Assim dispõe o art. 515 do Código Civil francês: “*Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.*” (Tradução livre: O pacto civil é um contrato celebrado entre duas pessoas naturais maiores, de sexo oposto ou do mesmo sexo, para organizar sua vida comum).

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 169. Na mesma direção segue o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira: “A indivisibilidade e a unidade do estado provém de ser ele a qualificação do indivíduo na sociedade. Não pode, v.g., um indivíduo, simultaneamente, ser casado e solteiro, como também não pode ser filho de dois pais ou de duas mães. Informam a indivisibilidade do estado duas categorias de princípios, uns de ordem natural e outros de ordem pública. (...) A ordem jurídica requer a certeza da qualificação individual e determina que os fatos constitutivos ou modificativos do estado sejam inscritos no Registro Civil, para que dele resulte, com sentido de ordem pública, a circunstância de ser o estado uno e obrigatoriamente reconhecido por todos na sociedade.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil (Vol. I)**. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 267 e 268)

assim, não poderia uma pessoa ter ao mesmo tempo o *status familiae* de *companheiro* e de *casado* ou, simultaneamente, o *status* de *separado* e *companheiro*. Para Caio Mário da Silva Pereira, o *status familiae* é matéria de ordem pública, logo, todos os fatos constitutivos ou modificativos de estado devem ser objeto de inscrição no Registro Civil.¹⁰⁵

Como a união estável não depende de qualquer registro para sua conformação, ou se concluirá que seu estabelecimento não altera o *status familiae* das pessoas que passam a viver em tal condição — e são mantidos os princípios já consagrados, os quais se ajustam perfeitamente ao casamento, ou se admite que a união estável altera o *status familiae* dos companheiros — passando a existir um *status familiae* registral e outro de fato. A *certeza* jurídica presumida do estado da pessoa pelos doutrinadores clássicos do Direito Civil brasileiro ficaria grandemente prejudicada neste último caso.

Não parece razoável a pretensão por parte de alguns doutrinadores de se reconhecer *status familiae* à condição de *companheiro*. Maria Berenice Dias, por exemplo, assevera que “está mais do que na hora de definir a união estável como modificadora do estado civil, única forma de dar segurança às relações jurídicas e evitar que os conviventes sofram prejuízos...”¹⁰⁶. Ao contrário do que afirma, a identificação pelo *status* de *companheiro*, em certos casos, é que pode gerar insegurança jurídica. Se alguém é separado de fato, qualificar-se-á como *companheiro*, sendo, pelo registro civil, *casado*? Dias entende que sim, e vai além: “Finda a união pela morte de um dos parceiros, o sobrevivente deve-se identificar como *viúvo*. Desarrazoado que tenha de se qualificar como *solteiro* ou até como *casado*, se eventualmente estivesse somente separado de fato, quando da constituição da união estável.”¹⁰⁷

Não é possível, neste ponto, o alinhamento com a posição de Maria Berenice Dias. A união estável, embora seja conformadora da família tanto quanto o casamento, sem qualquer distinção hierárquica, encerra natureza jurídica distinta. O *status familiae* tem referência no registro civil. Pretender que a união estável produza efeitos no *status familiae* implica seu atrelamento ao modelo formalista do casamento. Levada às últimas consequências a afirmação de Maria Berenice Dias, aos conviventes dever-se-ia assegurar a faculdade de fazer inscrever no Registro Civil sua condição de *companheiros*, averbando tal *status*, conforme o caso, na certidão de nascimento ou de casamento, da mesma forma que se averba o divórcio ou a viuvez. Definitivamente, não parece ser o caso. E, isso, por uma razão simples: a união

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** (Vol. I)... p. 269.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 175.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 175.

estável pode ser convertida em um arremedo de casamento. Ao contrário, a ela deve ser aberto espaço próprio, adequado às suas características de informalidade.

Neste aspecto, o modelo brasileiro de união estável é diferente do francês. Como antes referido, na França, só é reconhecida a união estável se houver a formalização do *pacto civil de solidariedade* – PACS, previsto no Código Civil daquele país, em seus artigos 515-1 a 7. A *união estável* ou *parceria civil* só é reconhecida como tal em razão de declaração conjunta, devidamente inscrita perante órgão de registro.¹⁰⁸ Como demonstrado anteriormente, há razões históricas para que, no Brasil, a união estável tenha a natureza jurídica de ato-fato e não de contrato. O Direito Civil brasileiro não deve ser subserviente a modelos alienígenas. Deve seguir destino próprio, amoldando-se às demandas características e à dinâmica da realidade social brasileira.

Se reconhecida como tal apenas a união estável formalizada por contrato, um sem número de relações familiares, no Brasil, ficaria ao desamparo da tutela estatal. A inclusão da união estável entre as entidades familiares merecedoras de garantias e proteção constitucional teve como objetivo, exatamente, trazer para o âmbito da tutela legal um expressivo percentual de situações jurídicas de conjugalidade não formalizadas pelo casamento. Trata-se, portanto, no sistema constitucional brasileiro, de instituto de inclusão.¹⁰⁹ Por ele estendeu-se foro de cidadania a quantidade imensa de relações que estavam relegadas ao *status* de concubinato.

Por outro lado, não se justifica a transposição pura e simples dos impedimentos do casamento para o âmbito da união estável, como o fez o Código Civil de 2002.¹¹⁰ Se a união estável constitui relação jurídica de direito pessoal de natureza familiar, reconhecida

¹⁰⁸ É o que dispõe o art. 515-3 do Código Civil francês.

¹⁰⁹ Nesta direção, valiosas são as observações de Luiz Edson Fachin, ao tratar das leis que regularam, num primeiro momento, a união estável: “Quando presente na maior parte das populações carentes, o gesto de eleição é uma ficção. Pois bem: não casar é um ato de liberdade para os ‘livres’, os que têm patrimônio, contratam e testam, e aí sim, gozando desse discernimento econômico, social e cultural, não casar é uma opção por não se matrimonializar. Elitista e equivocada a crítica segundo a qual a nova legislação é exageradamente concessiva. Deixar ao sabor das circunstâncias a regulação destas relações é sustentar que prevaleça a opressão do mais forte (econômica e culturalmente) sobre o mais fraco. No reverso da crítica ácida à intervenção do Estado, o paradoxal elogio de uma sociedade patriarcal e da predominância dos interesses da linhagem masculina.” (FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 67)

¹¹⁰ Ao regular a união estável o codificador fez incluir o parágrafo primeiro ao art. 1.723, que assim dispõe: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”. Por sua vez, o art. 1.521 arrola os impedimentos do casamento, todos impedimentos absolutos, que restaram assim definidos: “Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

juridicamente, de regra, *a posteriori*, a aplicação de impedimentos matrimoniais para descaracterizar sua constituição é, no mínimo, remissão indevida ao casamento.

A união estável se apresenta como situação subjetiva de conjugalidade sem casamento. Ainda que se concorde com Paulo Luiz Netto Lôbo, no sentido de que a união livre deixou de existir à medida que foi regulada pelo Estado,¹¹¹ sua regulação não pode prestar-se a convertê-la em uma subespécie de casamento. O excesso de regulação implicaria a morte da união estável, a destruição de sua essência. Adverte Pietro Perlingieri: “É necessário cautela para individuar os elementos sem os quais a família não fundada no casamento não seria tal. Mais correto é ter consciência de que existem diversos modelos de família não fundada no casamento. As razões colocadas na base da família de fato são várias: razões ideológicas, contestadoras do sistema, ligadas a situações econômicas e de abandono cultural, à falta de confiança.”¹¹² Desta forma, quando os requisitos de validade do casamento são apreendidos em seu conjunto, com uma única exceção, para se converterem em critérios impeditivos de constituição de união livre, fica evidenciada tendência de se tomar o casamento como paradigma maior.

A união estável, porém, não é casamento. A chamada Lei dos Conviventes, Lei 9.275/96, que tinha como objetivo regulamentar o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, estabeleceu simplesmente: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Não havia, pois, na referida lei qualquer menção ao estado civil dos conviventes ou aos impedimentos do casamento.

Desta descrição legal da união estável a doutrina deduziu o entendimento de que, para sua caracterização, quatro requisitos apenas se colocam: a continuidade, a durabilidade, a notoriedade, e o objetivo de constituir família, sendo este último de natureza subjetiva. O primeiro refere-se ao lapso temporal, para que um relacionamento efêmero e circunstancial não seja caracterizado como união estável. Não há prazo pré-fixado na Lei. Das circunstâncias do caso concreto é que o juiz verificará a presença do requisito da continuidade. De qualquer sorte, ela está vinculada ao lapso temporal. Já a durabilidade diz respeito à permanência ou constância da união. Uma série de meros encontros, ao longo de muitos anos, não faz presente a durabilidade requisito indispensável à caracterização da união estável. Por sua vez, a notoriedade ou ostensibilidade indica a não-clandestinidade do relacionamento. Assim, os

¹¹¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 168.

¹¹² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 997.

companheiros devem ser reconhecidos como um núcleo familiar no meio social por eles frequentado.

Um último requisito, de natureza subjetiva, soma-se aos três objetivos, isto é, a intenção de constituir família. Este elemento volitivo, todavia, independe de uma declaração e de sua formalização por meio contratual, como anteriormente referido. Este requisito subjetivo, teleológico, é captado objetivamente do conjunto de fatos que conformam a união estável.

Estes elementos são suficientes para a caracterização da união estável. A união estável, juridicamente, só é reconhecida *a posteriorius*, ao contrário do casamento, para o qual, em razão de ser negócio jurídico formal e datado, os impedimentos se apresentam como *prius*. Logo, não faz sentido transferir para a união estável tais requisitos, pois, como bem ensina Luiz Edson Fachin, “admitindo-se a pluralidade familiar insculpida na Constituição, aquele modelo do companheirato não devia se ajustar, a qualquer custo, às molduras já conhecidas. A família é, antes de tudo, uma realidade sociológica”.¹¹³

Sendo a família, antes de tudo, uma realidade sociológica, não pode o Direito Civil negar sua existência jurídica, quando a existência sociológica constitui dado incontestável. Presentes os requisitos de continuidade, durabilidade, notoriedade e o elemento teleológico, isto é, o objetivo de constituir família — todos claramente de matiz sociológico — existe uma família no mundo dos fatos. Esta não pode ser juridicamente invisível. Desta forma, a transposição dos impedimentos matrimoniais para o âmbito da união estável, convertidos em elementos impeditivos da sua constituição, revela-se totalmente incongruente.

Ponderou Maria Berenice Dias, em forma clara e contundente, acerca da assertiva contida no § 1º do art. 1.723 do Código Civil, que dispõe: “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521.” Diz: “... em que pese a proibição legal, se ainda assim a relação se constitui, não é possível dizer que ela não existe”.¹¹⁴ Seus argumentos indicam na direção de que não há como o Estado dizer se um fato existe ou não. Não há como negar a existência de uniões incestuosas, nem tão pouco daquelas estabelecidas entre pessoas impedidas de casar, em virtude de casamento anterior e laços de parentesco por afinidade na linha reta. Sustenta a autora que “tais relações estão sujeitas à reprovação social e legal, mas, nem por isso há algum meio de coibir sua formação. Como existem, não há como ignorá-las”.

¹¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família** – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 74.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 176.

O fio condutor da reflexão de Maria Berenice Dias aponta no sentido de que negar existência à união estável, ao argumento da ausência de requisitos objetivos de sua caracterização, trazidos dos impedimentos matrimoniais, implica condenar tal vínculo à condição de invisibilidade, gerando irresponsabilidade e ensejando o enriquecimento sem causa em favor do outro. “O resultado é mais que desastroso, é perverso: nega divisão de patrimônio, desonera de obrigação alimentar, exclui direito sucessório. (...) Estar à margem do direito traz benefícios, pois não impõe nenhuma obrigação. Quem vive com alguém por muitos anos necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, àquele que vive de modo que a lei desaprova, simplesmente, não advêm qualquer responsabilidade, encargo ou ônus”.¹¹⁵

É de todo evidente que tomar os impedimentos matrimoniais como critérios autorizadores do reconhecimento da união estável constitui mecanismo de exclusão de tutela jurisdicional que não mais se justifica ante a principiologia constitucional.

A união estável é primeiro e fundamentalmente um fato sociológico que o Direito colhe como relevante à produção de certos efeitos jurídicos. Logo, não devem ser aplicados à união estável os impedimentos do casamento, como quis o codificador de 2002.¹¹⁶ Trata-se de um grande equívoco a opção do legislador. O Código Civil de 2002 segue à deriva da rota indicada pela melhor doutrina.

Na vigência da Lei dos Conviventes, Lei 9.275/96, ensinava Luiz Edson Fachin que não havia mais “lugar legítimo para a designação do concubinato” e, mais adiante, acrescia: “Sentido algum permanece na divisão do concubinato, levando-se em conta a existência ou não de impedimentos matrimoniais. Uma página virada da história jurídica da família no Brasil.”¹¹⁷ Infelizmente, a página foi apenas, temporariamente, virada. O concubinato acabou ressuscitado pelo Código Civil de 2002 em consideração e deferência explícitas aos impedimentos matrimoniais.

¹¹⁵ Ibid. p. 176.

¹¹⁶ Ainda que visíveis os ranços de conservadorismo do Código Civil de 2002, nele, também, já se destacam indícios da superação de uma aplicação estrita do princípio da monogamia. A circunstância de alguém ser separado judicialmente ou apenas de fato constitui impedimento para o casamento, nos termos do inciso VI do art. 1.521 do Código Civil. No entanto, tal circunstância não se revela como fator impeditivo ao reconhecimento da união estável, conforme dispõe o § 1º do art. 1.723 do Código Civil. Logo, se um homem casado, desde que separado judicialmente ou apenas de fato, constituir união estável, essa nova família merecerá plena tutela do Estado. O casamento existirá porque o vínculo matrimonial somente se extingue pelo divórcio, pela anulação ou pela morte, e, ao mesmo tempo, existirá e será reconhecida a união estável. Pode-se afirmar que, neste caso, há, evidentemente, marcado arrefecimento do princípio da monogamia. Privilegia-se a realidade fático-social da família e não a formalidade do matrimônio.

¹¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família** – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 63 e 64

Se a reflexão desenvolvida permite a conclusão de que a união estável é antes de tudo um fato sociológico — que dispensa pactuação formal e registro, e que, sendo esta sua natureza, constitui-se independentemente de qualquer impedimento matrimonial, podendo mesmo contrariá-los totalmente — impõe-se a conclusão de que a regra da monogamia não alcança a união estável. Esta assertiva será devidamente aprofundada no quarto capítulo.

Na mesma linha de pensamento, impõe-se crítica à transposição dos deveres do casamento para a união estável.¹¹⁸ Contaminado pelo paradigma do casamento, o legislador fez tal arranjo sem a devida reflexão e, também, revelou-se desatento às peculiaridades desta relação de conjugalidade sem casamento. Antes mesmo que entrasse em vigor o Código Civil de 2002, a indevida ingerência regulatória estatal, no âmbito das relações não fundadas no casamento, mereceu veemente crítica.¹¹⁹

A operação legislativa é impertinente e, igualmente, inócua. Impertinente porque, como bem opinou Maria Berenice Dias, “parece que o Estado, com sua onipotência, olvida que são os vínculos e pactos íntimos que ligam o par, e não as imposições sociais ou os mandamentos legais que o mantêm unido.”¹²⁰ O comando legislativo é desprovido de força porque, muito embora enunciado como dever jurídico entre os companheiros, não tem como ser imposto. Falta-lhe cogência, elemento essencial e subjacente à ideia de dever.

O dever de fidelidade é referido no art. 1.724 do Código Civil como dever de *lealdade*. Não sendo utilizada a mesma palavra de que se lança mão para definir o dever do casado, isto é, a fidelidade, poder-se-ia concluir que o legislador reconheceu que a fidelidade não constitui dever entre os companheiros.¹²¹ Ou poderia ainda ser interpretada a palavra *lealdade* como um eufemismo de *fidelidade*. Não constituindo a união estável casamento, o dever dos

¹¹⁸ Os deveres dos companheiros foram estabelecidos pela primeira vez na Lei 9.278/1996, que, em seu art. 2º, preconizou: “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”. Por sua vez, o Código Civil, além destes, acresceu mais um. Assim, dispõe seu art. 1724: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e cidadania** – o novo CCB e a vacatio legis (Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família). Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 301 – 308.

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. **A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável....** p. 303.

¹²¹ Nesta direção, inclusive por vezes se encaminha a jurisprudência: “União Estável – Reconhecimento – Coabitação Inexistente e Infidelidade. O hábito da moradia na mesma casa não é, no tempo atual, indispensável para a diferenciação da relação séria relativamente à aventura passageira. A fidelidade, que é dever nem sempre cumprido do casamento, não é condição indispensável para a caracterização da união estável. Reconhece-se a união estável quando é evidenciada a convivência duradoura e contínua dos companheiros como uma entidade familiar (TJMG, AC 1.0797.97.002504-5/001, 4ª Câm. Cív., rel. Des. Almeida Melo, j. 21.05.2008)”.

companheiros não seria de fidelidade, propriamente, mas de algo similar, que ainda está para ganhar densidade conceitual.

Fato é que a fixação de tal dever é desnecessária. Na hipótese de um dos companheiros descumprir o dever de fidelidade, que consequência resultará de tal ato? Evidentemente, não há como o credor da obrigação negativa buscar a tutela específica do Estado, para que o juiz, por exemplo, imponha multa diária pelo não cumprimento de ordem judicial de abstinência de relacionamento sexual fora da união estável. Mesmo para as ações de dissolução de união estável, o descumprimento do dever de fidelidade/lealdade constitui irrelevante jurídico. O rompimento da união estável revela-se como direito potestativo que pode ser exercido, a qualquer momento, independentemente da observação de qualquer requisito prévio. Desprovida de sentido, portanto, qualquer alegação de descumprimento do dever de lealdade. Tal dever imposto à união estável revela-se como mera petição de princípio. Disposição legal retórica que, todavia, traz subjacente norma de natureza moralista ancorada na ideia da monogamia.

Exercício coerente, na linha da construção de uma dogmática crítica, no que concerne à união estável, deve, necessariamente, recusar a transposição simplista dos deveres típicos do casamento para esta relação marcadamente informal. Sendo a união estável realidade sociológica — () que o ordenamento jurídico brasileiro admite, *a posteriori*, como relação jurídica de direito pessoal de natureza familiar, para imputar-lhe efeitos jurídicos — não há como, logicamente, atribuir deveres aos companheiros que a integram. A união estável situa-se fundamentalmente na instância do ser e só, secundariamente, no *locus* do *dever ser*.

Ainda que a juridicidade da união estável não seja percebida, cronologicamente, como um *posterius*, ela o é logicamente. Não há como impor deveres para o que é. Os deveres somente têm lugar no campo do *dever ser*. O dever de fidelidade/lealdade, associado tradicionalmente ao princípio da monogamia, é desprovido de sentido na união estável. A ordem jurídica pode ou não reconhecer efeitos à situação fática coexistencial, que venha a ser caracterizada como união estável, mas não tem como de forma lógica estabelecer efetivos deveres jurídicos para os partícipes de tal relação.

A autonomia e recorte próprio que a união estável adquire à medida que vai, gradativamente, descolando-se do casamento, trazem inquietações e problemas que anteriormente não estavam postos. Um dentre outros tantos pode ser formulado nos seguintes termos: Havendo reconhecida união estável entre homem e mulher solteiros — não aparentados e civilmente capazes, inclusive com celebração contratual de referida união —

configurado estaria, em razão de tal fato, impedimento para o casamento civil de um deles com outrem? À medida que qualquer forma de conjugalidade não matrimonializada é admitida como família pelo ordenamento jurídico, a estabilidade do sistema sofre abalos. A previsibilidade austera, típica das relações formalizadas pelo casamento, perde lugar, abrindo espaço para um sistema poroso capaz de interagir com a realidade social.