



UNIÃO ESTÁVEL:

ANTIGA FORMA DE CASAMENTO DE FATO

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO

Foi aprovado, na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.888, de 1991, de autoria da Deputada Beth Azize, em que figurou como Relator o Deputado Edesio Passos, fundamentado parcialmente no Esboço de Anteprojeto de lei, às páginas 280 a 283, de meu livro “Do concubinato ao casamento de fato” (2ª ed. Belém: Cejup, 1987. 306 p.).

Atualmente, esse mesmo Projeto de Lei encaminhou-se ao Senado Federal, tomando o nº 84, de 1994, tendo como relator o senador Wilson Martins. Este projeto, mais completo, resgatou artigos do meu aludido Esboço, que tinham sido retirados do Projeto originário, da Câmara dos Deputados. Tudo para que seja regulamentada a União Estável, prevista no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, como uma das formas de instituição da família brasileira.

BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS

Na antigüidade a família era em geral constituída por meio de celebrações religiosas ou por meio de simples convivência. No Direito Romano a mulher passava a integrar a família de seu marido, pela *conventio in manum*, sujeitando-se à *manus*, que era o poder marital, por uma das seguintes formas de constituição familiar: a) pela *confarreatio*, que consistia em uma cerimônia religiosa, reservada ao patriciado, com excessivas formalidades, com a oferta a Júpiter de um pão de farinha (*panis farreum*), que

os nubentes comiam, juntos, realizada perante dez testemunhas e perante o Sacerdote de Júpiter (*flamen Dialis*); b) pela *coemptio*, casamento privativo dos plebeus, que implicava a venda simbólica da mulher ao marido, assemelhando-se pela forma à *mancipatio*; e c) pelo *usus*, que era o casamento pela convivência ininterrupta do homem e da mulher, por um ano, em estado possessório, que automaticamente fazia nascer o poder marital, a não ser que, em cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do lar conjugal (*trinoctii usurpatio*).

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

Embora tendo reprovado o concubinato, como forma de constituição de família, a Igreja Católica tolerou-o, quando não se cuidasse de união comprometedora do casamento ou quando incestuosa, até sua proibição pelo Concílio de Trento, em 1563.

Ressalte-se em verdade que a existência do casamento nos moldes de antigamente, sem os formalismos exagerados de hoje, não possibilitava, praticamente, a formação familiar sob o modo concubinário.

Realmente, bastava que um homem convivesse com uma mulher, por algum tempo, como se casados, com ou sem celebração religiosa, para que se considerassem sob casamento. Isto, porque, nessa época, o concubinato puro, não adúlterino nem incestuoso, que é utilizado hoje como modo de constituição de família, era o casamento de fato, provado por escritura pública ou por duas testemunhas.

Esse o casamento de fato, que, sob a singela forma de convivência no lar, selava a união dos cônjuges, sob o pálio do Direito Natural.

O concubinato, portanto, existia, somente, adúlterino, como concorrente e paralelamente ao casamento, de modo excepcional e desabonador da família.

Todavia, desrespeitando essa lei natural e simples, entendeu o legislador de criar formalismos ao casamento, criando-o de modo artificial, na lei, quando em verdade ele é um fato social, que a legislação deve regular somente no tocante a seus efeitos, para impedir violações de direitos.

Assim, editou-se no Brasil o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que secularizou o casamento. A partir dele, o formalismo

tomou conta da legislação brasileira, em matéria de casamento, reeditando-se o sistema no Código Civil.

Com isso, deixou o Estado brasileiro não só de considerar o casamento de fato (por mera convivência duradoura dos cônjuges), bem como o casamento religioso, que, hoje, por si só, sem o posterior registro civil, é considerado concubinato. Não tem ele existência autônoma, independente, como antes desse Decreto de 1890.

CAUSAS DO CONCUBINATO

A par desse sistema formal, com muitos óbices à separação, e a par das dificuldades ao registro do casamento religioso, surgiu paralelamente uma nova tendência de constituição de família, pelo concubinato, que existe com grande intensidade nos países latino-americanos.

Ressalte-se, como visto, e mais uma vez que, entre nós, a falta de registro civil do casamento religioso, base secular de constituição de família, importa concubinato.

É certo ainda que, com o advento do progresso e a agitação nos centros urbanos, diminuiu sobremaneira e paulatinamente a tolerância e a compreensão dos problemas afletivos dos casais, levando esse estado de coisas aos desquites (hoje, separações judiciais). Como crescesse o número de desquites, era preciso que se possibilitasse a existência do divórcio pela reforma constitucional, que só ocorreu em meados de 1977.

Embora a sociedade brasileira reprovasse o concubinato, também como forma de constituição familiar, no começo do século, o certo é que, com esse número crescente de desquitados, impossibilitados de se casarem, eles constituíram suas novas famílias à margem da proteção legal, cumprindo o desígnio da lei natural de que o homem é animal gregário e necessita dessa convivência no lar.

Quando surgiu a lei do divórcio, a par de nova filosofia liberal do povo, já a sociedade acostumara-se à família concubinária, que preenche atualmente grande espaço de nossa sociedade, com problemas seríssimos que necessitam de cuidados legislativos.

CONCEITO E ESPÉCIES DE CONCUBINATO

Todavia, neste passo é indispensável que se conceitue o concubinato por suas espécies, para diferenciá-las devidamente. Em sentido etimológico, *concubinatus*, do verbo *concumbere* ou

concupare (derivado do grego), significava, então, mancebia, abarregamento, amasiamento.

Apresenta-se esse vocábulo atualmente com dois sentidos: amplo e estrito. Pelo sentido amplo ou “lato”, significa todo e qualquer relacionamento sexual livre; pelo sentido estrito, é a união duradoura, constituindo a sociedade familiar de fato, com *affectio societatis*, respeito e lealdade recíprocos.

Como se pode aquilatar, esse sentido amplo compreende inclusive a concubinação, com relacionamentos reprováveis, tal, por exemplo, o adúlterino, que leva uma pessoa casada a conviver, concubinariamente, em concorrência com sua vida conjugal.

Daí a necessidade de fixar-se o conceito de concubinato em sua significação estrita, com fundamento no artigo 1.363 do Código Civil, onde se assegura que a sociedade de fato nasce do somatório recíproco de esforços, pessoais ou materiais, para a obtenção de fins comuns.

À falta de outro dispositivo legal mais específico, é nesse que se encontra a base da constituição da família de fato, que se mostra pela coabitação dos concubinos, como se casados fossem, presos pela *affectio societatis*, com a responsabilidade de provisão do lar pelo concubino, com o auxílio de sua mulher, cuidando ambos de sua prole. Por isso que nenhuma sociedade pode existir sem a colaboração e a lealdade dos sócios.

Com esses dados e elementos é possível agora conceituar o concubinato, abrangendo todas as suas espécies, como a união estável, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, não ligados por vínculo matrimonial ou concubinário, mas convivendo como se casados, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

Desses elementos surgem as espécies de concubinato: puro e impuro. É puro o concubinato, quando se constitui a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima ou de outra família de fato (este poderá rotular-se, também, de concubinato leal). Assim, ocorre, por exemplo, quando coabitam solteiros, viúvos e separados judicialmente, sob essa forma familiar.

Impuro é o concubinato, se for adúlterino, incestuoso ou desleal, como, respectivamente, o de um homem casado, que mantenha, paralelamente a seu lar, outro de fato; o de um pai com sua filha; e o de um concubino formando um outro concubinato.

Ressalte-se, neste passo, que, segundo meu entendimento, se o concubinato for adúlterino ou desleal, mas o concubino faltoso

estiver separado de fato de seu cônjuge ou de seu concubino anterior, cessará a adulterinidade ou a deslealdade, tornando-se puro seu concubinato.

Entendo que o concubinato puro ou concubinato simplesmente, ou união estável, na expressão atual de nossa Constituição, deve merecer por parte dos Poderes Públicos completa proteção; diferentemente do que deve suceder com o concubinato impuro ou concubinagem. Aduz-se que deste último não devem em geral ser protegidos seus efeitos, a não ser no concubinato de boa fé, como acontece analogamente com o casamento putativo, e para evitar locupletamento indevido, quando a concubina, mesmo em adulterio, aumenta o patrimônio do concubino casado.

CONCUBINATO E SOCIEDADE DE FATO

Nossas Doutrina e Jurisprudência têm diferenciado a situação concubinária da sociedade de fato.

Realmente, a par do concubinato, vislumbrado em conceito já expandido, a comprovação da existência de sociedade de fato, patrimonial, entre os concubinos, é exigida pelo Supremo Tribunal Federal, pelo princípio sumulado sob nº 380, para que se possibilite a dissolução judicial societária, com a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum.

Em apoio a essa súmula, têm entendido nossos Tribunais que o simples concubinato não gera direitos ao patrimônio do companheiro, sendo indispensável a prova para formação da sociedade de fato, com a efetiva colaboração econômica ou financeira dos concubinos, a realização de seu patrimônio comum.

Em que pese esse posicionamento de torrencial jurisprudência, entendo que, sendo o concubinato puro, união estável, basta a convivência concubinária, para que seja de admitir-se o condomínio. Neste caso, deve presumir-se o esforço comum dos concubinos, pois não se uniram eles sob mera sociedade de fato, em qualquer empresa em que se vislumbre interesse meramente econômico, mas com o propósito de constituírem sua família. Esta última posição encontra respaldo em alguns acórdãos de nossos Tribunais.

Mas esse apoio à relação concubinária pura, que pretendo, deve ser retirado quanto ao concubinato impuro ou desleal; nesse caso deve ser exigida prova da aquisição patrimonial.

Entretanto, a atual súmula 380, citada, não diferencia entre as espécies de concubinato, exigindo essa participação comum, na

aquisição proprietária, tanto numa quanto noutra espécie de concubinato. E, exigindo essa participação efetiva, de cunho econômico, a mesma súmula iguala a sociedade concubinária com outra qualquer, alheia aos desígnios familiares, negando o cunho de contribuição espiritual, que existe no lar.

REGULAMENTAÇÃO DO CONCUBINATO

É certo que a família de fato vive em maior clima de liberdade, do que a família de direito.

Todavia, a excessiva liberdade, em Direito, é muito perigosa, pois acaba por escravizar o mais fraco. Tudo porque essa liberdade não pode ser totalmente desapegada de regulamentação, há que ser condicionada, pois ela termina, onde outra começa. Assim, o Estado tem interesse em proteger as pessoas, evitando lesões de direito.

No fundo, o amor que liga os conviventes, ao primeiro impacto da união, é como a afeição dos sócios em uma empresa qualquer: pode acabar. Entretanto, quando uma sociedade civil ou comercial termina, não é o mesmo que o findar de uma sociedade de família. Esta é mais apegada a regras morais e religiosas, ao Direito Natural, devendo ter uma proteção maior, no âmbito do Direito de Família, para que se respeite a célula, onde, no mais das vezes, com o nascimento de filhos, grava-se a natureza pela descendência, contrariando qualquer reprovação, que possa existir contra essa situação fática.

Na sociedade familiar de fato, como na de direito, os interesses são, preponderantemente, de cunho pessoal e imaterial. Isto, sem se cogitar do interesse maior do Estado, em preservar sua própria existência, mantendo no lar, as famílias, em relativo estado de felicidade e de segurança financeira.

Porém, ao lado dessa liberdade convivencial, impõe-se a responsabilidade, para que, em nome daquela não cresça demais o direito de um concubino, a ponto de lesar o do outro.

A família de fato não pode viver sob um clima de liberdade sem responsabilidade, tanto que, mesmo sem estar regulamentada, legalmente, em um só todo, já algumas normas existem a seu respeito, talhadas na lei, na jurisprudência e na doutrina.

Não se pode em sã consciência admitir que o regramento de conduta, na família de fato, seja inibidora da liberdade, porque, em Direito, cuida-se da liberdade jurídica, que vive no complexo do relacionamento humano, com as limitações necessárias.

Realmente, se é lícito que duas pessoas vivam como marido e mulher, sem serem casadas, não há que admitir-se que, em caso de abandono ou de falecimento, bens fiquem em nome de uma delas, embora, por justiça, pertençam a ambos. Essa liberdade seria escravizante a possibilitar lesão, enriquecimento ilícito, o que é incompatível com o pensamento jurídico. O Estado há que intervir nessas situações, sendo melhor que o faça antes, regulamentando a matéria relativa à família de fato. Essa regulamentação, pelo Estatuto da União Estável, que venho propondo, deve mantê-la em sua forma natural, preservando-se a liberdade dos conviventes, mas sob clima de responsabilidade, para que exista segurança, em caso de lesão. Esta deve ser, sempre, prevista, para ser repelida.

Esse é o meu lema, para a regulamentação da união estável: Liberdade com Responsabilidade.

CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988, pelo parágrafo 3º de seu artigo 226, reconheceu o concubinato puro, não adúlterino nem incestuoso, como forma de constituição de família, como instituto, portanto, de Direito de Família.

Houve, por bem, ainda, o legislador constituinte substituir a palavra concubinato, pela expressão união estável, para inaugurar nova era de compreensão aos conviventes, respeitando seus direitos e sua sociedade de fato, que sempre existiu, antes do Decreto nº 181, de 1890, sob forma de casamento de fato ou presumido.

Por outro lado, entretanto, não estendeu essa mesma Constituição ao casamento religioso, como entendo correto, os efeitos do casamento civil, para recuperar sua antiga dignidade, ante o Estado. Limita-se ela, por seu artigo 226, parágrafo 2º, a dizer, do mesmo modo que a anterior, que “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”. Esta, entretanto (Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950), só admite tal efeito quando pré ou pós-existe a habilitação para o casamento civil.

Assim, tanto o casamento civil, como o religioso, com suas formalidades próprias, devem existir, no meu entender, automática e independentemente.

A união estável precisa ser regulamentada, para que não existam abusos entre os conviventes, que devem ser livres na convivência, mas responsáveis.

CASAMENTO DE FATO E UNIÃO ESTÁVEL

Como visto, tanto a união estável como o antigo casamento de fato nascem espontânea e naturalmente na sociedade, isentos de formalismos. Em verdade, a união estável de hoje, nada mais é, na sua aparência, do que o antigo casamento de fato ou presumido.

Entretanto, no casamento de fato os conviventes sentem-se casados, como esposos, porque são casados, tal como no casamento da *common law*, que existe hoje em alguns Estados americanos, assim como por comportamento do Estado de Tamaulipas, no México, no da Escócia e no casamento de fato ou clandestino admitido pelas Ordenações Filipinas, até o advento do aludido Decreto nº 181, de 1890, que instituiu entre nós o casamento civil.

Desse modo, pelo casamento de fato, desde o início da convivência, sem quaisquer formalidades de celebração, ainda que religiosa, existe o casamento presumido.

Na união estável a liberdade dos conviventes é maior porque vivem como se fossem marido e mulher, mas sem o serem em verdade. Não existe o estado conjugal, mas, meramente, o convivenencial ou concubinário.

Por outro lado, destaque-se que, sob o prisma psicológico, atualmente, as pessoas casadas só religiosamente, sem que tenha existido registro de seu casamento, embora se sintam casadas, vivem sob o regime da união estável.

LEI 8.971, DE 29.12.1994

Com a edição da Lei nº 8.971, de 29/12/1994, regulou-se o “direito dos companheiros a alimentos e à sucessão”.

O art. 1º, dessa lei, concede à companheira ou ao companheiro, na união estável (concubinato puro), após a convivência de cinco anos ou a existência de prole, o direito de alimentos, nos moldes da Lei nº 5.478, de 25/07/1968, “enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”.

Confesso que, em princípio e pelo meu Esboço de Anteprojeto de “Estatuto dos Concubinos”, não fui favorável à concessão de direito a alimentos entre conviventes, a não ser quando contratados, por escrito.

Acontece que já existia uma tendência jurisprudencial à concessão desses alimentos, após a edição da Constituição de 1988;

talvez por esta, em seu art. 226, § 3º, recomendar que a lei facilite a conversão da união estável em casamento.

Desse modo, concedendo direito alimentar aos conviventes, reconhece a lei sob cogitação os mesmos direitos e deveres existentes entre cônjuges, constantes da aludida Lei de Alimentos, nº 5.478, de 1968.

Todavia, entre os conviventes esse direito-dever alimentar surge tão somente após o decurso do prazo de cinco anos ou o nascimento de filho. O dispositivo sob análise estabelece que o postulante de alimentos comprove a necessidade destes; não sendo, portanto, automática a aquisição desse direito alimentar. Estabelece, ainda, causa de cessação desse pensionamento, com a constituição, pelo alimentando, de nova união, seja concubinária ou matrimonial.

Porém, esse art. 1º não menciona a hipótese de mau comportamento do convivente alimentando, que é prevista, corretamente, pela Jurisprudência, como causa de perda da pensão alimentícia. Não é correto que o convivente se entregue a maus costumes, como a prostituição, por exemplo, e continue a receber alimentos de seu companheiro.

Também não entendo que seja justo que o convivente culpado da rescisão do contrato concubinário, seja escrito ou não, possa pleitear alimentos do inocente.

Por seu turno, o art. 2º da lei sob comentário cuida do direito sucessório dos conviventes, nos parâmetros mencionados em seus três incisos. Os dois primeiros reeditam o preceituado no parágrafo 1º do art. 1.611 do Código Civil, que trata de iguais direitos, mas do cônjuge viúvo, que era casado sob regime de bens diverso do da comunhão universal (usufruto vidual).

Entendo não conveniente essa reafirmação, para os conviventes, do aludido direito a usufruto, pois na prática ele estorva o direito dos herdeiros. Melhor seria tornar o convivente sobrevivente herdeiro, adquirindo sua parte na herança concorrendo com os aludidos filhos *loco filiae* ou *loco filii*, conforme o caso (como filha ou filho). Assim, por exemplo, a (o) sobrevivente, concorrendo com dois filhos, receberia cota da herança correspondente a um terço, ficando cada qual com o seu, sem o atrapalho do usufruto, gravando direito dos filhos herdeiros.

MEU ENTENDIMENTO

Entendo que deveria voltar a existir o casamento religioso, só com celebração religiosa, ao lado do casamento civil, com os formalismos abrandados, inclusive no tocante à separação e ao divórcio.

Assim, com maior ou menor liberdade, teríamos o casamento sob todos os seus aspectos histórico-existenciais mais importantes.

A sociedade moderna está repelindo os excessos de formalismo com uma tendência ao casamento simples, do passado. É certo, pois os rigores de forma, hoje existentes no Brasil, datam do Decreto nº 181, de 1890, que instituiu somente há pouco mais de cem anos entre nós o casamento civil. Antes, tudo era natural em matéria de casamento, como sempre foi no passado.

Todavia, ainda que existam as aludidas modalidades matrimoniais, preferindo a sociedade constituir família sob a forma de união estável, não pode o Estado impedi-lo por qualquer de seus Poderes. O Poder maior e do povo. O Estado deve regulamentar o que existe, impedindo lesões de direito.

Mas, mesmo assim, é preciso que exista a possibilidade de considerar a união estável como uma espécie nova de casamento de fato, que proponho.

Assim, para mim, já com esse espírito *de iure constituendo*, casamento de fato ou união estável e a convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados, sob o mesmo teto ou não, constituem, assim, a família de fato.