

“UNIÃO ESTÁVEL” NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Juiz Federal convocado pelo TRF da 2ª Região;

Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ;

Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ (Graduação e Pós-Graduação);

Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho (RJ);

Ex-Coordenador-Geral do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UERJ;

Membro do IBDFAM.

RESUMO

Tendo como questão recente e bastante atual, em nível de Direito de Família, o surgimento da família não fundada no casamento, ou mais especificamente, o companheirismo - ou “união livre” -, prevista no texto constitucional de 1988 sob a designação de “união estável”, o presente trabalho pretende abordar o companheirismo, no contexto da sua evolução histórica em nível mundial, seu estágio atual - principalmente no Direito brasileiro com advento do novo Código Civil - e, finalmente, cuidar da relação jurídica familiar fundada na “união livre”, quanto aos efeitos pessoais e patrimoniais.

PALAVRAS-CHAVE

União estável; companheirismo; união livre; família; Direito de Família.

SUMÁRIO

1. Introdução: A relação jurídica familiar e a “união livre”
2. Origem e evolução histórica
3. Regimes jurídicos do companheirismo
4. O companheirismo: seus contornos
5. Relação jurídica familiar fundada no companheirismo.
6. Conclusão

1. Introdução: A relação jurídica familiar e a “união livre”

O Direito de Família, como segmento do Direito Civil, apresenta um tratamento diferenciado às pessoas, comparativamente aos demais campos de conhecimento jurídico-privatísticos, por diversas razões, entre elas a circunstância de ser a família o primeiro ente coletivo no qual a pessoa se insere e deve passar a conviver de maneira

grupal. Exatamente diante de tal peculiaridade, são bastante freqüentes os conflitos de interesses entre os familiares, o que exige um regramento normativo que seja adequado a solucioná-los e, por conseguinte, o estabelecimento e desenvolvimento de relações jurídicas familiares nos moldes estruturados pelo ordenamento jurídico, em combinação com a realidade sociológica existente no momento histórico e no contexto geográfico de um determinado agrupamento humano.

Como adverte Pietro PERLINGIERI, a relação jurídica “deve ser colocada ao centro do direito civil...”¹, pois ela é “a expressão da composição de um conflito de interesses, através da norma jurídica”². O interesse é a posição assumida por uma pessoa relativa à satisfação de uma necessidade humana, mediante a obtenção de um bem. Ao contrário deste, a necessidade humana é ilimitada, motivo pelo qual invariavelmente surge o conflito de interesses, que terá relevância para o Direito quando se verificar entre dois ou mais centros o denominado conflito intersubjetivo de interesses. No núcleo da relação jurídica, “o que é sempre presente é a ligação entre um interesse e um outro, entre uma situação, determinada ou determinável, e uma outra”³.

A relação jurídica concebida como a expressão da composição de conflitos apresenta duas faces ou dois interesses contrapostos: o interesse protegido e o interesse subordinado. Como leciona Ricardo LIRA, “a essas duas faces correspondem posições de cada titular em relação ao interesse protegido e ao interesse subordinado. Essas posições são as situações jurídicas: situação jurídica passiva relativa ao interesse subordinado e situação jurídica ativa relativa ao interesse protegido.”⁴ É importante notar que, quando se trata de algumas relações jurídicas familiares, como, por exemplo, entre marido e esposa, o conteúdo dos poderes e deveres é o mesmo para ambos os centros de interesse. E, como questão mais recente e bastante atual, em nível de Direito de Família, surge a família não fundada no casamento, ou mais especificamente, o companheirismo - ou “união livre” -, previsto no texto constitucional de 1988 sob a designação de “união estável”, no que foi acompanhado pelo novo Código Civil brasileiro - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. De Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 113. E complementa: “Na maioria das vezes, a atenção detém-se nas situações individualmente consideradas, independentemente de suas relações, enquanto que seria necessário não se limitar à análise de cada direito e obrigação, mas, sim, examinar as suas correlações”.

² LIRA, Ricardo Pereira. *Relação jurídica*, mar. 1999, p. 4. Texto impresso, resultado de trabalho acadêmico apresentado durante o Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, ao ministrar a disciplina Teoria do Direito Civil I, no primeiro semestre de 1999.

³ PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.* p. 115.

⁴ LIRA, Ricardo Pereira. *op. cit.* p. 6. No mesmo sentido, mas com outro enfoque, pode ser lembrada a lição de Pietro PERLINGIERI: “Não se pode distinguir as situações subjetivas - a não ser em termos quantitativos - em ativas e passivas, já que aquelas ditas ativas compreendem também deveres e obrigações e aquelas ditas passivas contêm freqüentemente alguns direitos e poderes. A relação não está na ligação entre direito subjetivo, de um lado, e dever ou obrigação, do outro.” (*op. cit.* p. 116).

O papel do ordenamento legal no reconhecimento de relações sociais é fundamental em matéria de relação jurídica. Nas palavras de Orlando GOMES, “as relações intersubjetivas são criadas juridicamente pela norma, ou por esta reconhecidas, neste caso quando se originam de acontecimentos naturais, como o nascimento, a filiação, a morte. Há relações constituídas pela própria lei, como é o caso da relação entre o Fisco e o contribuinte.”⁵ No relacionamento entre os companheiros, partícipes de uma família, no período anterior a 1996, de acordo com a normativa brasileira, não havia expressa proteção aos interesses existentes no vínculo informal constituído entre eles, no campo dos efeitos internos daquela família. “Vale notar que a despeito de não previstos expressamente na legislação anterior ao ano de 1996, os deveres entre os companheiros eram originários dos próprios requisitos e características do instituto, sem, no entanto, gozarem de sanção, motivo pelo qual situavam-se basicamente na ordem moral, e não jurídica.”⁶ Assim, a indenização por serviços prestados em favor da companheira - quando não se verificava quaisquer dos requisitos da doutrina da sociedade de fato a autorizar o partilhamento de bens - foi objeto de construção pretoriana para, ao reconhecer implicitamente o dever recíproco de assistência material entre os partícipes da união extramatrimonial, o Poder Judiciário fornecer resposta aos anseios da realidade sociológica que se fazia sentir no campo da relação familiar de fato.

Atualmente, é perfeitamente possível afirmar que há relação jurídica familiar entre os companheiros no Direito brasileiro, que, deixando a posição abstencionista sobre o tema, passou a disciplinar o companheirismo, ordenando o conjunto de cláusulas, preceitos, prerrogativas, atribuições, enfim, regulamentando o instituto, como já se exigia há tempos: “a família, por mais livre que seja, e que tenha existência natural, reclama o regramento do complexo de direitos e deveres, que dela nasce, para que, ao lado dos sentimentos próprios da união fática, exista um clima de responsabilidade, indispensável à segurança dos conviventes e de sua prole.”⁷ Hodiernamente, como se verifica na família matrimonial, a família extramatrimonial constituída entre os companheiros também mantém efeitos que repercutem tão-somente na esfera da vida pessoal do casal, sem qualquer conotação econômico-patrimonial, gerando direitos e deveres de família puros, enquanto outros se refletem no campo patrimonial, estabelecendo situações jurídicas passivas para um deles relativamente ao interesse subordinado, naquele momento,

⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 94-95.

⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 226.

⁷ OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. Concubinato, companheiros: novos rumos. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 74.

em contraposição às situações jurídicas ativas do outro companheiro relativamente ao interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Tal assertiva se confirma pela previsão contida nos arts. 1.724 e 1.725 do novo Código Civil, cuidando, respectivamente, de efeitos pessoais e patrimoniais do companheirismo.

Em linhas gerais, o trabalho pretende abordar o companheirismo, no contexto da sua evolução histórica em nível mundial, seu estágio atual - principalmente no Direito brasileiro com o advento do novo Código Civil - e, finalmente, cuidar da relação jurídica familiar fundada na “união livre”, quanto aos efeitos pessoais e patrimoniais. Evidentemente, no caso brasileiro, toda a abordagem necessariamente passa pela interpretação da regulamentação legislativa existente, nos dias atuais, tendo como ápice da pirâmide normativa a Constituição Federal.

2. Origem e evolução histórica

O companheirismo remonta a milênios, e não se trata de realidade recente na civilização humana. Ronaldo FRIGINI⁸ aponta que, mesmo no regime da poligamia dos casados, era freqüente a existência de concubinas na vida dos homens, além de suas esposas. Bertrand RUSSEL⁹ comenta acerca da praxe existente entre os povos antigos, do *defloramento oficial das virgens* pelos sacerdotes, como fator instintivo do perfil da família naquela época, naquela sociedade. Adahyl Lourenço DIAS¹⁰ lembra que era costume de alguns povos antigos a prática que consistia em o dono da casa fornecer aos seus visitantes *hospedagem, leito e mesa*, entregando-lhes as próprias mulheres.

Na Babilônia, havia devassidão de costumes, com a crença do babilônico de que as várias modalidades de *apetites sexuais* estimulavam o espírito artístico, o desenvolvimento da produção, o aumento da prole necessária ao combate, pelos exércitos, e o cultivo da inteligência. Adahyl DIAS¹¹ ressalta que Salomão chegou a se casar com 700 mulheres, todas de boa condição familiar, e que possuía, além delas, mais 300 concubinas, informando que os hebreus colocavam a esposa legítima em plano superior à meretriz, enquanto que a concubina se localizava em plano intermediário, ou seja, ficava entre a esposa e a meretriz. Há ainda registros históricos de que, entre os persas, hindus e chineses, as uniões concubinárias também eram admitidas.

⁸ FRIGINI, Ronaldo. O concubinato e a nova ordem constitucional. *Revista dos Tribunais*, n. 686, p. 56, dez. 1992.

⁹ Apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 9, abr./jun. 1999.

¹⁰ DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 13.

¹¹ *Ibid.* p. 16.

Na Grécia Antiga, o concubinato também se verificava e era admitido no sistema poligâmico que envolvia os homens casados. Pouco depois, Licurgo, conhecido como rei-legista, e, mais adiante, Sólon instituíram a monogamia, época em que as concubinas passaram a formar uma classe à parte. A História noticia a presença de célebres concubinas na cultura dos gregos. Aspásia ensinou retórica, em aulas próprias, a um grande número de alunos e, por ser considerada estrangeira - era de Mileto -, não pôde casar-se com Péricles e, desse modo, viveram em concubinato. Antes, no entanto, a mesma Aspásia já houvera se amasiado a Sócrates e, com a morte dele, fora concubina de Alcebiades. No Egito, do mesmo modo, há registros a respeito de relações concubinárias, inclusive de forma generalizada a partir da influência grega, e, principalmente com a chegada das cortesãs da Grécia.

Na Roma Antiga, diante da influência dos hábitos babilônicos, havia um sistema muito parecido com aquele existente na Babilônia. Quatro formas de união entre pessoas de sexos diferentes eram admitidas em Roma: a) o casamento normal dos romanos, decorrente do *jus civile*, denominado *justae nuptiae*; b) o casamento entre estrangeiros, decorrente do *jus gentium*, conhecido como *sine connubio*; c) a união de fato entre os escravos, conhecida como *contubernium*; d) a união livre, ou seja, o *concubinatus*, a união constituída sem o *consensus nuptialis*. O *concubinatus* representava a comunidade mútua de vida entre os partícipes da união, mas a concubina não possuía a condição de mulher legítima de seu companheiro tampouco ocupava a posição social deste, estando privada da *honor matrimonii*. O concubinato não era reconhecido como instituto jurídico, mas o *concubinatus* e a concubina passaram a ser aceitos em sentido honesto, distinguindo-se das ligações transitórias, efêmeras. O concubinato começou a ser regulado, em Roma, a partir do Imperador Otávio Augusto, que procurou delimitar os contornos da união para pôr ordem na sociedade, diferenciando a “união livre” de outras uniões extramatrimoniais. Nas palavras de Gustavo BOSSERT, “el concubinato, bajo Augusto, adquirió la condición de estado legal”¹².

O trabalho legislativo a respeito das “uniões livres” prosseguiu com outros imperadores romanos, especialmente Constantino e Justiniano. De acordo com o tratamento à época, alguns requisitos eram indispensáveis: convivência duradoura entre homem e mulher, ambos púberes, sem vínculo de parentesco, de forma livre, não sendo possível o casamento por força de impedimentos baseados em diferenças de caráter social ou político. Fundamentalmente, o concubinato não podia decorrer de *incestum*, *adulterium* ou *stuprum*. BOSSERT aponta que somente podia ser tomada como concubina

¹² BOSSERT, Gustavo A. *Régimen jurídico del concubinato*. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 9.

uma mulher de baixa honradez, assim consideradas as atrizes, mulheres independentes, prostitutas, as surpreendidas em adultério ou as nativas¹³. Havia tamanha preocupação com tal questão que se uma mulher *honestas e virgem* consentisse em ser concubina, o enlace deveria ser realizado por meio formal, sob pena de a união ser considerada ilícita sob a modalidade de *stuprum* e, com a constituição do concubinato, ela perdia a sua posição na sociedade e o título de *mater familiae*, que representava sinal de distinção e honra para a mulher romana.

Atribuía-se grande importância ao concubinato em matéria de filiação, pois a prole resultante de “união livre” era composta de filhos naturais, e não de filhos espúrios, como eram os filhos resultantes de outras uniões extramatrimoniais. Efeitos pessoais e patrimoniais entre os concubinos passaram a ser estabelecidos, inclusive com limitada atribuição de direito à concubina de participar da sucessão do seu consorte. As diferenças entre o concubinato e o casamento consistiam, sucintamente, na desnecessidade de cumprimento de qualquer formalidade para a formação e manutenção da união entre os companheiros, na caracterização de tal união após coabitação única - monogâmica - e notória, e na ausência da *affectio maritalis*.

O Direito canônico sempre contemplou o companheirismo. Desde o início de sua elaboração, lembra Gustavo BOSSERT¹⁴, reconheceu a realidade sociológica das uniões fundadas no companheirismo, preocupando-se em regulá-las, atribuindo-lhes efeitos, principalmente para assegurar a monogamia e a estabilidade da relação do casal. Há uma passagem histórica que noticia que Santo Agostinho aceitava que se concedesse o batismo à mulher que vivia em concubinato, desde que ela se comprometesse a não abandonar o seu concubino, doutrina que passou a ser observada pelos eclesiásticos. No ano 400 d.C., o Concílio de Toledo expressamente admitiu a união monogâmica de um homem e sua concubina, desde que com caráter de perpetuidade e que o homem não fosse casado, reconhecendo, portanto, além das uniões matrimoniais, as uniões extramatrimoniais monogâmicas. Em 528 d.C., o Concílio de Orléans estatuiu que era bigamo quem tinha duas mulheres, sem distingui-las entre esposas e concubinas. Naquela primeira época, o Direito canônico aceitava o matrimônio clandestino ou presumido, ou seja, a união do homem e da mulher que, sozinhos, convencionavam se tomar por marido e mulher, sendo os próprios contraentes os ministros da celebração.

¹³ Nas palavras do jurista argentino, “así como en las provincias, el gobernador enviado por Roma, a una mujer del lugar sólo podía tomarla como concubina y no como esposa” (Ibid. p. 9-10).

¹⁴ Ibid. p. 12.

Com o decorrer do tempo, constatou-se certo depauperamento moral da Igreja Católica, diante do crescimento do número de uniões espúrias em conventos, a ponto de, em 1049 d.C., durante o Concílio de Reims, ter sido realizado discurso condenatório dos hábitos lascivos de padres e leigos, com a conseqüente proibição de ingresso de mulheres nos conventos, e a adoção de maior rigor no celibato eclesiástico¹⁵. No fim do século XV, o poder material da Igreja Católica inicia o processo de debilitação, mormente com a renovação na estrutura cultural diante do Renascimento, mas também, e principalmente, com as transformações que culminaram com a Reforma. “Surge entonces del seno da la Iglesia, como reacción y defensa, el movimiento de la Contrarreforma; fueron muchas las medidas adoptadas a fin de preservar y fortalecer el poder de la Iglesia...”¹⁶. Entre as providências tomadas com tal finalidade avultam as medidas adotadas em 1563 pelo Concílio de Trento. De forma bem resumida, podem ser indicadas as seguintes medidas: a) proibição do matrimônio presumido; b) estabelecimento de a obrigatoriedade do matrimônio somente poder ser contraído perante um pároco, em cerimônia pública, com duas testemunhas; c) criação dos registros paroquiais, que passaram a conter os assentos dos matrimônios, controlados pelas autoridades eclesiásticas da paróquia; d) proibição do concubinato, cominando penas severas contra os concubinos, tais como a excomunhão e a qualificação de hereges.

BOSSERT¹⁷ lembra que, depois do século XVI, a política repressiva da Igreja Católica era tamanha que passou-se a autorizar o emprego da força pública para rompimento das uniões extramatrimoniais. E, obviamente, Portugal e Espanha sofreram forte influência do Direito canônico em suas ordenações sobre o tema. Nas Ordenações del Rei Dom Duarte¹⁸, reconheceu-se a existência de uniões livres, chamando a concubina de *barregã*, prevendo a igualdade dos filhos na sucessão hereditária, punição para o adultério de fato - deslealdade entre os companheiros -, e a proibição de doação de bens, pelo homem casado, à sua concubina, na tutela do sistema monogâmico. Com as Ordenações Afonsinas (1446), em algumas passagens há referência ao concubinato impuro ou envolvendo clérigos, com a inserção de sanções; assim, por exemplo, as concubinas dos padres e demais clérigos do reino sofreriam penas pecuniárias, de açoite, ou mesmo

¹⁵ Com informações detalhadas acerca de tal momento histórico, deve ser conferida a abordagem feita por DIAS, Adahyl Lourenço. op. cit. p. 30-31.

¹⁶ BOSSERT, Gustavo A. op. cit. p. 13.

¹⁷ Ibid. p. 14.

¹⁸ Trata-se da reunião de vários textos, determinada pelo Rei Dom Duarte (século XV), para dar continuidade ao trabalho legislativo de seus predecessores, como narra PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 34.

de morte, em caso de reincidência; o homem casado não poderia doar ou vender bens à concubina - querela de doação inoficiosa legada pelas Ordenações - nem dispor, em última vontade por testamento, para beneficiá-la. Apesar da tolerância quanto à “união estável”, era vedada a qualquer homem a manutenção de concubina na corte, no período em que vigoraram as Ordenações Afonsinas. Praticamente as mesmas disposições se repetiram nas Ordenações Manuelinas (1521) e nas Ordenações Filipinas (1603), sendo que, nestas, as referências ao concubinato, quase que integralmente, somente aparecem no Livro V, que trata dos crimes e das respectivas penas¹⁹.

As Ordenações, cuidando do concubinato em muitos dispositivos, traçavam diferença entre o comércio carnal e concubinato. Mancebia, barreguice ou concubinato era a ligação de uma mulher, vivendo em fama de marido e mulher, com mesa e leito comuns, por sendo havidos por toda a vizinhança e vila [...] e entre ajuntamento, simples cópula e mancebia²⁰.

Também na França, houve influência do Direito canônico. Em 1604, o Código Michaud dispunha acerca da invalidade das doações entre concubinos, negando eficácia à união concubinária. “Condamné par le droit canon, le concubinage, pourvu qu’il ne se complique pas d’adultère qui était alors um délit pénal, a été délibérément ignoré par le Code Civil.”²¹ O Código Napoleão ignorou, por completo, a “união livre”, abstando-se de regular quaisquer efeitos que tal união poderia produzir ante a certos conflitos de interesses, adotando, pois, a linha abstencionista nesta matéria, o que influenciou grande parte da codificação civilista ocidental. Assim, na França a jurisprudência teve de realizar, durante o século XIX, lenta e paulatina elaboração pretoriana para solucionar os casos concretos que se apresentavam. Como acentua Gustavo BOSSERT²², com a lei francesa de 16 de novembro de 1912, estabeleceu-se como fato gerador do vínculo de filiação o concubinato notório, iniciando-se uma série de debates sobre a questão.

O casamento, tal como concebido atualmente como instituição de preocupação estatal, “é fruto da Revolução Francesa, mas se origina, sem dúvida, do movimento religioso da Reforma luterana, que jamais aceitou a regulamentação do casamento pela

¹⁹ Com relato pormenorizado a respeito da evolução do tratamento do concubinato nas Ordenações, remeto o leitor à obra de Francisco PIZZOLANTE, nos capítulos 5 a 9, p. 34-50, passim.

²⁰ DIAS, Adahyl Lourenço. op. cit. p. 46.

²¹ BÉNABENT, Alain. *Droit civil: la famille*. 9. ème. Paris: LITEC, 1998. p. 29.

²² BOSSERT, Gustavo A., op. cit. p. 14. Alain BÉNABENT acentua que legislações especiais passaram a levar em conta o companheirismo na França: “Plus récemment, um certain nombre de législations particulières ont pris em compte le concubinage, non pas seulement d’ailleurs pour em déduire des droits au profit des concubins, mais également des charges” (op. cit., p. 29).

Igreja católica, entendendo ser esta matéria de direito público, ou seja, da competência do Estado.”²³ E Napoleão Bonaparte, através do Code Civil de 1804, atribuiu características à estrutura familiar legal, com conotação hierarquizada, ao redor do seu chefe, seguindo o modelo patriarcal, autoritário e centralizador, retirando do modelo legal qualquer outra forma de agrupamento familiar que não o constituído através do casamento civil. O companheirismo, em um primeiro momento, foi desconhecido do legislador francês, pois, nas palavras de Napoleão, “la société n’a pas d’intérêt a le reconnaître”. Assim, nas precisas lições de Eduardo LEITE, “a partir da interferência estatal na esfera familiar, até então caracterizada pela predominância do particular sobre o público, a formação da família passou a ser determinada por elementos predominantemente legais. Assim, a família legítima é constituída por homem e mulher, livres e desimpedidos, que declaram solenemente sua vontade diante da lei”.²⁴ Trata-se, pois, de exemplo típico de que a relação de fato somente pode ser reconhecida como relação jurídica de acordo com os valores históricos e locais que passaram a predominar em determinado grupo, sob a imposição do poder político. Restou claro, nesse particular, que, apesar das divergências entre o Estado e a Igreja Católica, havia unanimidade em desqualificar o companheirismo de qualquer componente jurídico, embora existente como realidade sociológica.

3. Regimes jurídicos do companheirismo

Gustavo BOSSERT comenta que, em razão da segurança, da ordem e da maior estabilidade que o Estado confere aos matrimônios formalmente constituídos, abstraindo-se de qualquer consideração de índole ética e religiosa, a opinião majoritária entre os juristas “considera que la relación concubinaria implica un valor negativo, desde el punto de vista ético para unos, religioso para otros, o en el campo del orden social”²⁵, e, de acordo com tal visão, surgem diversas concepções a respeito da forma como o Direito deve encarar a realidade fática do companheirismo que se verifica na sociedade. Assim, apontam-se as posições abstencionista, sancionadora e reguladora.

Seguindo a linha abstencionista, qual seja, a omissão legislativa sobre o companheirismo, a falta de sua regulamentação, é paradigmático o Código Civil francês, conhecido como o Código Napoleão, que exerceu forte influência sobre as codificações

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: PINTO, Teresa A. A. (Coord.) *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 94.

²⁴ *Ibid.* p. 95.

²⁵ BOSSERT, Gustavo, *op. cit.* p. 17.

das nações ocidentais do século XIX, e, mesmo início do século XX, incluindo o Brasil e a Argentina²⁶. Para os adeptos de tal concepção, a melhor forma de *combater* a “união livre” é negar-lhe qualquer efeito jurídico, ignorando-a legislativamente.

De acordo com a posição sancionadora, a lei deve intervir para prejudicar os concubinos, criando restrições e obrigações, como formas de combater as uniões concubinárias. Dentro de tal contexto, é indicada a posição histórica adotada pelo Direito canônico, como o Concílio de Trento, que chegou a prever o uso da força para separar os concubinos. E, finalmente, a posição reguladora considera que a realidade social impõe a regulamentação legal do companheirismo para resolver os conflitos de interesses que tal união produz, juridicizando-o. Como esclarece Gustavo BOSSERT,²⁷ tal orientação não parte de uma idéia desfavorável ou de menosprezo ao casamento, por isso não é possível a equiparação, através de seus efeitos, da “união livre” ao matrimônio formalmente celebrado.

De acordo com o jurista argentino, ao comentar a posição legislativa adotada em seu país, seguir a linha abstencionista consiste em uma ficção, uma aparência, já que a realidade é que o Direito, através de outras formas sem ser a legislação, reconhece e fornece efeitos jurídicos para as questões que se apresentam envolvendo os companheiros: “aunque la ley se abstenga de prever y resolver las consecuencias que el concubinato - directa o indirectamente - implica, el derecho, a través de los jueces, recoge y da salida jurídica a la cuestión”²⁸.

Vários países latino-americanos passaram a contemplar, na ordem legislativa, a “união livre” para atender às necessidades da própria sociedade, diante do alto percentual de uniões de fato, tendo sido, em alguns casos, o tratamento alçado em nível constitucional. Na Guatemala, por exemplo, foi estabelecida uma total equiparação no que pertine aos efeitos da união de fato - desde que registrada -, com o matrimônio formalmente celebrado²⁹. O artigo 43 da Constituição da República cubana, de 1940, estabelece a mesma equiparação, desde que um tribunal reconheça a união de fato. Em Honduras, o artigo 101 do texto constitucional, também prevê a equiparação, deixando que a legislação infraconstitucional regule a matéria. Na Constituição boliviana, no artigo 31, há a previsão do prazo mínimo de dois anos de vida em comum, ao passo que

²⁶ Sobre o tema, no Direito argentino, veja o comentário de BOSSERT: “La total abstención que adoptó VÉLEZ SANSFIELD en el Código Civil, fue sobrepasada por la fuerza de la realidad, y en diversos aspectos, normas específicas tuvieron que regular efectos parciales del concubinato” (Ibid. p. 18).

²⁷ Ibid. p. 20.

²⁸ Ibid. p. 21.

²⁹ Nas palavras de BOSSERT, ao comentar sobre o regime existente na Guatemala, “el art. 182 establece que la unión de hecho inscripta en el Registro Civil producirá ‘la sujeción del hombre y la mujer a los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio’ (Ibid. p. 25).

o artigo 56 da Constituição panamenha reconhece a união de fato, desde que o convívio seja de, no mínimo, dez anos.

No Brasil, surge a discussão acerca da conveniência do tratamento legal sobre o companheirismo, mormente diante do texto constitucional de 1988. Relativamente ao tema, há aqueles que refutam qualquer interferência estatal nos reflexos intrínsecos das uniões companheiris, porquanto, fundadas na informalidade e na liberdade, tais uniões se formaram exatamente para fugirem dos rígidos comandos legais das uniões matrimoniais. O império da autonomia da vontade, sem qualquer interferência estatal, é que deve nortear os efeitos jurídicos do instituto, diferentemente do casamento, na visão dos adeptos de tal orientação. O mestre João Baptista VILLELA assume posição contrária a qualquer tentativa de regulamentação do instituto:

O concubinato, na modalidade que a Constituição de 1988 veio a designar por ‘união estável’, deixou de ser um refúgio obrigatório dos que, malsucedidos em uma experiência conjugal, quisessem reencetá-la com outrem, para ser uma espécie de casamento alternativo. Um casamento para quem não desejasse submeter-se às regras de ordem pública a que está sujeito o matrimônio legal³⁰.

Seguindo a mesma diretriz, Rodrigo da Cunha PEREIRA complementa:

O concubinato é um instituto em que os sujeitos desejam um espaço onde possam criar as regras de convivência; registre-se, então, e podemos perceber a razão, que todas as tentativas de regulamentação do concubinato culminaram em vão, pois esbarram na contradição de que sua essência, seu cerne, é exatamente não querer intervenção do Estado³¹.

Apesar de fundamentar sua conclusão com outros argumentos, Carlos Alberto BITTAR também concorda em negar qualquer tratamento normativo acerca dos companheiros nas suas relações internas:

³⁰ VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 7, p. 119, 1ª quinzena abr. 1995. E, ao comentar a Lei nº 8.971/94, o mesmo autor assevera que a faculdade de autodefinição dos efeitos internos da família sofre restrição, com sacrifício da cidadania, em uma implícita alusão à infringência do postulado constitucional da liberdade. Tal posição também foi recentemente assumida por HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. op. cit. p. 15.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 53-54. Em obra mais recente, Rodrigo da Cunha Pereira adota posição intermediária, ao esclarecer que “não se podem manter os companheiros totalmente à parte ou excluídos da ordem jurídica, mas uma regulamentação excessiva também não se coaduna com a essência do instituto” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. V. XX. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9).

A união concubinária relaciona-se à postura de liberdade absoluta e egoística que alguns assumem, porque o par pode ser desfeito e refeito a qualquer tempo, e sem qualquer obstáculo da legislação estatal própria. [...] As partes afastam-se, deliberadamente, do direito estatal, parecendo-nos, no fundo, que a própria submissão de questões à Justiça estatal se afigura, antes de tudo, como incoerente³².

Do lado oposto, há os que sustentam que deva existir uma completa regulamentação estatal acerca dos aspectos que devem reger as relações entre os companheiros. Nos termos de tal orientação, o tratamento legislativo não é apenas conveniente, mas indispensável, não somente para fixar os contornos do instituto como também para cuidar dos reflexos internos do companheirismo. Os professores Hans GELLER e Miguel BORGHEZAN, por exemplo, sustentam que o tratamento normativo sobre os efeitos que o companheirismo produz deve ser idêntico ao tratamento legislativo no que pertine aos casados, inclusive para efeito de direitos não-patrimoniais³³. Eduardo de Oliveira LEITE³⁴ realça um aspecto determinante no Direito de Família norte-americano, a saber, a tensão existente entre o interesse do Estado, a autonomia familiar e os interesses decorrentes de cada um dos membros da família, informando que lá é possível se verificar a existência de princípio geral de não-intervenção do Estado nos conflitos familiares, somente excepcionado na eventualidade da dissolução da família ou quando há risco aos demais membros diante da conduta ilícita de um deles.

Luiz Edson FACHIN se posiciona a respeito do tema: “Elitista e equivocada a crítica segundo a qual a nova legislação é exageradamente concessiva. Deixar ao sabor destas circunstâncias a regulação destas relações é sustentar que prevaleça a opressão do mais forte (econômica e culturalmente) sobre o mais fraco”³⁵. No mesmo sentido, pode ser citada a orientação de Antônio Carlos Mathias COLTRO:

Especialmente num tema que tem a ver basicamente com o mútuo interesse entre duas pessoas, de diferentes sexos, dispostas a levar avante ideal de vida em comum, com os mesmos objetivos e dirigidos tanto à procriação [...] como à consecução de fins que guardem

³² BITTAR, Carlos Alberto. O sistema constitucional de família. *Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil*, n. 6, ano 2, p. 14, jan.-mar. 1997.

³³ GELLER, Rodolfo Hans; BORGHEZAN, Miguel. A união estável e os direitos não-patrimoniais. *Revista Logos Veritas*. Santarém, Pará, n. 2, p. 73, 1998. Os autores cuidadosamente relacionaram doze direitos não-patrimoniais, expressamente tratados no Código Civil tendo como fato gerador o casamento, para fundamentar a conclusão quanto à ausência de elemento de discriminação razoável para excluir os companheiros da titularidade de tais direitos (p. 71).

³⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 30.

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 67. E, o mesmo autor complementa: “É do Estado brasileiro assumido pela Constituição de 1998 (rectius: 1988) essa dimensão protetora, não mais contemplativa. O Estado tutela essas relações no sentido em que as reconhece, e delas emergem efeitos jurídicos.”

comunhão no tocante aos envolvidos, não poderia deixar a lei, como não deixou nossa jurisprudência, de oferecer a proteção necessária às conseqüências resultantes de tal resolução de vida, [...]”³⁶.

A questão se mostra bastante atual, diante das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, bem como especialmente do novo Código Civil, que introduziram vários efeitos jurídicos internos na relação mantida entre os companheiros. Em outra ocasião, já pude manifestar minha posição a respeito do assunto:

A situação dos hipossuficientes, não somente em termos econômico-financeiros, mas também no campo afetivo, sentimental, evidencia a necessidade de se buscar um regramento normativo, assegurado do mínimo existencial, indispensável para a manutenção da dignidade daqueles que mantiveram relações duradouras, contínuas, sólidas, embasadas em sentimentos nobres recíprocos, gerando uma autêntica família. O campo da autonomia da vontade individual deve sofrer limitações no trato das questões envolvendo os hipossuficientes, mormente em Direito de Família³⁷.

Não é possível que o universo de interesses em assunto de natureza familiar seja tratado de maneira individualista, deixando ao alvedrio dos interessados a auto-regulamentação dos efeitos que a união extramatrimonial mantida entre eles possa produzir. A experiência brasileira é ilustrativa sobre o tema: as causas fundadas em litígios envolvendo companheiros datam de muito tempo, restando evidenciado que a propalada *autonomia da vontade*, durante a convivência, ceda ao sentimento de afeição, ao desejo de permanecer no convívio com a pessoa amada, permitindo, assim, que qualquer exigência ou restrição aos interesses do outro, por mais odiosa ou injusta que seja, venha a ser acatada. Diferentemente de uma relação contratual, a relação familiar não envolve

³⁶ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável no direito projetado - o Código Civil. In: WAMBIER, Teresa A. A. e Eduardo de Oliveira Leite. (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29-30. Em trabalho exemplar, EDUARDO CAMBI também se mostra adepto da regulamentação legislativa sobre o companheirismo: “[...] o pronunciamento legislativo constitui instrumento de indiscutível valia na medida em que fornece, aos operadores jurídicos e à sociedade como um todo, elementos à compreensão da realidade social, [...]. Ademais, a liberdade sem limites é perigosa, pois serve para escravizar o mais fraco. A liberdade deve ser acompanhada da responsabilidade” (CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família. In: WAMBIER, Teresa A. A. e Eduardo de Oliveira Leite. (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 139).

³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*: ... p. 473. A jurisprudência brasileira é rica e bastante ilustrativa sobre o tema, inclusive quanto à construção da doutrina da sociedade de fato, e da indenização por serviços prestados.

o contexto de duas pessoas estranhas que há pouco se conheceram e resolveram conven-
cionar os efeitos jurídicos de um contrato. O afeto, o desejo de vida em comum, enfim,
os sentimentos ganham proporções infinitamente superiores ao mundo material, motivo
pelo qual nem sempre há a devida preocupação na obtenção de tutela jurídica quanto
aos reflexos pessoais - e, porque não, também patrimoniais - decorrentes da união.

Família, liberdade e segurança são valores que não se excluem. É indispensá-
vel a existência de regramento normativo, assegurador do mínimo existencial, necessário
para preservar a dignidade daqueles que mantiveram relações duradouras, contínuas,
sólidas, baseadas no afeto e geraram uma autêntica família. “Família e responsabilidade
são institutos que marcham lado a lado, não estando dissociados do âmbito das relações
internas da espécie de família e, assim, dentro de certos limites, é restrita a autonomia
de vontade dos partícipes da relação no que diz respeito a certos reflexos”³⁸.

A liberdade sem limites é ameaçadora e injusta, pois possibilita a imposi-
ção da vontade unilateral do mais forte sobre o mais fraco, gerando, portanto, efeitos
jurídicos autoritários, contrariando um dos objetivos da República brasileira, qual seja,
a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por este motivo, a precisa adver-
tência de Eduardo CAMBI:

Como a liberdade sem limites pode escravizar e o amor pode acabar,
virando ódio, frustração, rancor, e tornar-se até violento, o Estado
deve intervir, ao menos, para tutelar a dignidade do ser humano com
a finalidade de que não seja vítima da submissão, do poder do mais
forte (econômica, física ou emocionalmente) da relação afetiva³⁹.

4. O companheirismo: seus contornos

Alguns fenômenos, em nível mundial, têm se verificado na família, de ma-
neira geral. Entre eles, pode-se apontar a tendência da repersonalização do Direito de
Família, combinada com a sua despatrimonialização, que representa a valorização dos
interesses existenciais da pessoa humana (o ser) em detrimento dos interesses patrimoniais
ou daquilo que ela possui (o ter). O Direito de Família deve girar fundamentalmente em
torno dos reflexos humanos, pessoais, solidaristas ligados à esfera afetiva, espiritual e
psicológica dos integrantes do grupo familiar. A família, assim, passa a exercer função
 eminentemente serviente aos seus partícipes, no sentido de buscar garantir a dignidade

³⁸ Ibid. p. 473.

³⁹ CAMBI, Eduardo. op. cit. p. 140.

de todos, fundamentada no perfil consensual, democrático e na *affectio* constante e espontânea. A família modelada pelo legislador de 1916, chamada por Orlando GOMES de *família aristocrática*, segue o paradigma autoritário, hierarquizado e transpessoal do poder marital e do pátrio poder, em que os valores mais relevantes representam os interesses patrimoniais, em detrimento dos interesses existenciais. A proteção econômica da propriedade e de outros bens patrimoniais era o eixo do Direito Civil brasileiro, seguindo paradigma de outras nações ocidentais.

No entanto, o modelo legal civilista de família ficou tão distante da realidade sociológica e, concomitantemente, da evolução da própria sociedade no que toca aos novos valores jurídicos, que se fez necessário o redirecionamento e a formulação de um novo tratamento sobre o tema. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 representa um marco na evolução do Direito de Família no Brasil, não apenas em matéria de “uniões livres”, mas em todos os seus setores da estrutura familiar. “Não é mais o indivíduo que existe para a família, mas a família e suas formas de constituição que existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de sua aspiração de felicidade”⁴⁰. A família nuclear deixou de ter como fonte única e exclusiva o casamento, já que atualmente também o companheirismo e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos também constituem uma autêntica família, no modelo constitucional.

Como leciona Gustavo TEPEDINO, ao tratar da repercussão que o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana acarreta na regra da proteção estatal à família: “é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social”⁴¹. O texto constitucional de 1988 deixa evidenciado que doravante o companheirismo constitui uma autêntica família, também para o Direito, por isso a migração da relação jurídica mantida entre os companheiros, do Direito das Obrigações para o Direito de Família. Ou seja, a relação jurídica entre os dois centros de interesse representados pelos companheiros tem a natureza de relação jurídica familiar, conforme reconhecido expressamente no Título III do Livro IV da Parte Especial do novo Código Civil, ao tratar da “união estável”.

No entanto, nas palavras de Francisco José CAHALI, “a Carta não traz qualquer indicação sobre as relações intrínsecas entre os partícipes da união estável, limitando-se a cuidar da irradiação dos seus efeitos perante o Estado e a sociedade, uma vez caracterizada

⁴⁰ Ibid. p. 133.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 326.

a entidade familiar.”⁴² De maneira implícita, o texto constitucional adotou postura nítida quanto à prevalência do casamento sobre o companheirismo, sob o aspecto das relações intrínsecas no contexto familiar, pois do contrário não haveria estímulo à conversão prevista na Constituição Federal. Como já comentei: “A Constituição Federal fez uma opção clara: o casamento ainda é (e, diga-se, *en passant*, com razão) a espécie de família hierarquicamente superior às demais quanto à outorga de vantagens para os partícipes, em suas relações internas (efeitos intrínsecos da união matrimonial) [...]”⁴³.

O ponto crucial para a perfeita compreensão de todo o universo principiológico introduzido pela Constituição de 1988 no Direito de Família se revela na combinação dos princípios constitucionais da proteção estatal à família, da isonomia dos filhos e do pluralismo dos modelos familiares, com o fundamento da dignidade da pessoa humana da República brasileira. As relações familiares, independentemente do modelo de família, são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe, razão pela qual a efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumpram o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana encontra na família o lugar adequado para o seu nascedouro e aperfeiçoamento, motivo pelo qual o próprio texto constitucional determina ao Estado que dê especial proteção à família não como instituição, mas como instrumento indispensável para o alcance do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana: “A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade da pessoa humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a pertencem”⁴⁴.

No que pertine à proteção que o Estado deve à família, a norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo que tal tutela independe da origem e espécie de entidade familiar constituída e mantida. Logo, “nas relações externas à união, ou seja, aquelas mantidas entre um dos companheiros e o Estado, ou um dos companheiros e outro indivíduo (que não o outro companheiro), é mister a atuação (positiva ou negativa) do Poder Público no sentido de dar proteção à família”⁴⁵.

⁴² CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 34. Mais adiante, o mesmo autor comentou: “[...] a esfera jurídica de direito material dos conviventes entre si não foi, nem caberia ser, atingida pela Constituição, sendo imprescindível, para tanto, legislação infraconstitucional, pois a ninguém pode ser imposta obrigação, em contrapartida aos direitos do outro, senão em virtude de lei, até mesmo por força do art. 5º, II, da Carta.”

⁴³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 64.

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro, op. cit. p. 243-244.

⁴⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal*. p. 215. E, assim, “se porventura tal atuação já existe no campo legislativo, formalmente referindo-se tão-somente aos casados, é mister o emprego do processo analógico para estender o preceito legal aos companheiros, com a nítida observância do comando constitucional de proteger a família informal” (p. 215-216).

No aspecto dos efeitos internos, para que se dê cumprimento ao comando constitucional de prevalência do casamento sobre o companheirismo, deve ser nítido o limite objetivo do tratamento legal acerca do tema: as normas jurídicas não podem atribuir aos companheiros mais direitos e vantagens do que em relação aos casados, sob pena de se desestimular a constituição de família matrimonial, não apenas *ab initio* como também por força de conversão da união extramatrimonial em casamento. Vale observar que a Constituição Federal não estimula a proliferação de uniões extramatrimoniais, porquanto o ideal de família ainda é aquela vinculada formalmente, com a publicidade inerente ao processo anterior à própria celebração, e durante a manutenção do vínculo. O estímulo, expresso no texto constitucional, dá-se quanto à constituição de famílias matrimoniais, originariamente ou por força de conversão. A previsão constitucional a respeito do companheirismo, de certo modo, apresenta fundamento semelhante à previsão do divórcio na Carta Política. Não há estímulo ao aumento do número de divórcios ou de “uniões estáveis”, mas sim reconhecimento de realidades fáticas (a presença ou a cessação de um projeto familiar em comum) para a resolução das questões decorrentes, sempre sob a inspiração do fundamento da dignidade da pessoa humana, priorizando as situações existenciais em detrimento das situações patrimoniais.

De maneira bem 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, nesse sentido, ao casamento ainda é reservada posição de destaque, representativa do ideal de união entre pessoas de sexos diferentes com um projeto de vida familiar em comum.

Em trabalho desenvolvido sobre o tema, mais especificamente acerca das relações pessoais e patrimoniais introduzidas pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, chegou-se à conclusão quanto à constitucionalidade dos textos legislativos citados, com a seguinte advertência:

O exegeta e o operador do Direito também devem ter sempre como parâmetro indicador do correto alcance do tratamento legislativo tal princípio, buscando suprir eventuais falhas, omissões, imperfeições, lacunas do texto legal com a interpretação que melhor se adequa aos postulados já estudados, aproveitando a experiência da doutrina e da jurisprudência sobre o tema⁴⁶.

⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: ...* p. 477.

Anote-se que a própria norma constitucional gerou certa perplexidade, como dá a entender EDUARDO: “[...] ainda preso à tradição, o constituinte retrocede, mostrando-se ainda vacilante, ao afirmar, na segunda parte do art. 226, par. 3º, que deveria o legislador facilitar a conversão da união estável em casamento. Desta forma, procura-se equiparar, em maior ou menor medida, as uniões livres ao casamento formal.”⁴⁷ A família, a meu sentir, merece tutela estatal, independentemente da sua espécie, e, nesse aspecto, o texto constitucional de 1988 é de clareza lapidar, mormente se comparado com a redação contida na Constituição revogada⁴⁸. Mas, sob o aspecto das relações pessoais e patrimoniais entre os companheiros, logicamente não pode haver equiparação às relações jurídicas entre casados, sob pena de se verificar a extirpação do casamento do Direito brasileiro⁴⁹. Ainda que não houvesse a regra constitucional referente à conversão da união extramatrimonial em matrimonial, a conclusão a esse respeito seria rigorosamente a mesma. Do contrário, não haveria sentido a manutenção do casamento no ordenamento jurídico brasileiro. A proteção estatal não significa estímulo à formação de vínculos familiares informais, já que o Estado se preocupa, até os dias atuais, em regular a sexualidade entre os seus súditos, permitindo a assunção de responsabilidades e a produção de reflexos quanto a terceiros. O elemento discriminatório entre casamento e companheirismo, em termos constitucionais, é o estímulo à constituição de uniões matrimoniais e, em contrapartida, apenas o reconhecimento das outras espécies de família, entre elas as uniões extramatrimoniais designadas de “uniões estáveis”.

E, evidentemente, o estímulo à constituição de famílias matrimoniais produz nítido reflexo na atribuição de direitos e vantagens aos companheiros, por força de norma infraconstitucional. “A Constituição Federal [...] não pretendeu equiparar entidades heterogêneas, identificando a relação familiar de fato com o mais solene dos atos jurídicos. O casamento, com efeito, como ato jurídico, pressupõe uma profunda e prévia reflexão de quem o contrai, daí decorrendo imediatamente uma série de efeitos

⁴⁷ CAMBI, Eduardo, op. cit. p. 127-128. E o mesmo autor, em seguida, comenta: “Talvez o constituinte tenha perdido grande oportunidade para consagrar expressamente as uniões livres. De fato, a intenção contraditória do constituinte dá margem a interpretações liberais e conservadoras, o que vem causando a instabilidade social, seja no legislador, que vem editando leis contraditórias [...], seja nos juízes e tribunais, [...]” (p. 128).

⁴⁸ Nos termos da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, o artigo 175, *caput*, tinha a seguinte redação: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.” A comparação de tal dispositivo com o atual artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é elucidativa acerca da mudança de perspectiva do modelo constitucional de família.

⁴⁹ Importante a advertência feita por Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA a tal respeito: “A família matrimonial - do passado ou do presente - teve sua formação, pois, centrada no casamento, fosse ele de que tipo ou modelo fosse, ao longo dos séculos. Sobrevive, ainda hoje. É, apesar de certo desprestígio que experimenta, o modelo mais repetido, ainda, embora sua motivação moderna já não seja mais, como no passado, exclusivamente econômica, mas se revele como uma motivação de natureza afetiva” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., p. 12).

que lhe são próprios.”⁵⁰ E o texto constitucional expõe, com clareza, a sua preferência e opção pelo casamento, ao expressamente se referir à regra da conversão. Proteger, portanto, não pode ser confundido com estimular a sua proliferação. E, de outro lado, a Constituição deixa evidenciado que a família não-parental somente pode ser constituída entre um homem e uma mulher, não tutelando - ao menos como família - a união entre pessoas do mesmo sexo⁵¹.

Os professores Rodolfo Hans GELLER e Miguel BORGHEZAN defendem a orientação consoante a qual os direitos não-patrimoniais reconhecidos em favor dos casados também devem se estender aos companheiros: “[...] a par da concessão dos direitos patrimoniais inscritos nas leis n.ºs. 8.971/94 e 9.278/96, os companheiros também são titulares e beneficiários dos direitos não-patrimoniais inscritos no Código Civil para as relações de casamento, ou em outras leis esparsas, desde que compatíveis com os objetivos maiores previstos na Carta Política”⁵². É perfeitamente possível que, por força de norma infraconstitucional - e nunca em virtude de analogia -, haja a introdução de alguns destes efeitos em relação aos companheiros, mormente quando houver reflexos quanto a terceiro, como por exemplo na presunção *pater is est*. Contudo, a total e completa extensão dos efeitos pessoais decorrentes do casamento aos companheiros é, reconhecidamente, inconstitucional, tal como acima analisado. Mais uma vez, importa ficar assentado que o casamento ainda é o instrumento alçado pela Constituição Federal à condição daquele que deve modelar o ideal de família ou que deve representar o projeto constitucional de modelo das relações familiares. A completa equiparação entre os institutos casamento e companheirismo, para efeitos internos da relação familiar, afigura-se, desse modo, inconstitucional.

É imprescindível realçar o papel desempenhado pela jurisprudência nacional no tocante ao tema, reconhecendo a realidade fática diante da ausência de regulamentação apropriada no trato das relações que envolvem os companheiros. Nas palavras de Virgílio de Sá PEREIRA, “que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é fruto de seu amor?

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p. 339.

⁵¹ Em sentido contrário ao texto, Luiz Edson FACHIN considera possível a integração da “lacuna legislativa” a respeito da união civil de pessoas do mesmo sexo para, através da analogia *legis*, aplicar o disposto no artigo 3º, da Lei nº 8.971/94, no que pertine ao partilhamento dos bens resultantes do esforço comum durante a união (op. cit, p. 98-102 passim). A meu sentir, diante do próprio sistema existente, que não enseja contradição, à luz da Constituição Federal de 1988, não há família constituída através da união civil de pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, as regras de aplicação das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 não possuem o mesmo fundamento que existe entre os companheiros. O argumento segundo o qual as relações familiares se baseiam, hodiernamente, em sentimentos de afeto, solidariedade e projeto de vida em comum, à evidência, não se aplica às pessoas do mesmo sexo que convivem diuturnamente, sob pena de desmantelamento de todo um arcabouço existente, inclusive o princípio monogâmico.

⁵² GELLER Rodolfo Hans e BORGHEZAN, Miguel. op. cit. p. 73.

Vereis a família. Passou por lá um juiz com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural.”⁵³ Vale notar que a evolução jurisprudencial, relativamente aos direitos dos companheiros, revela que a companheira deveria comprovar a constituição de uma verdadeira sociedade de fato, que não se presumia do convívio *more uxorio* tampouco decorria naturalmente do “concubinato”.

A origem da construção jurisprudencial da doutrina da sociedade de fato, em matéria de companheirismo, foi demarcada pela situação que envolveu os casais de imigrantes italianos, que, casados sob o regime de separação de bens na Itália, constituíram patrimônio no Brasil, mas somente registrado em nome do varão. E, com o falecimento deste, a viúva foi prejudicada, por não ser herdeira nem meeira. Sob o fundamento do princípio do enriquecimento sem causa, os tribunais passaram a reconhecer direito ao partilhamento de bens. A construção pretoriana se desenvolveu, passando a ser aplicada aos companheiros, o que explica o surgimento da Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

De forma bem resumida, será abordado o companheirismo no que toca à sua configuração no Direito brasileiro, para que possa ser desenvolvida a relação jurídica familiar fundada na “união livre”, em especial no novo Código Civil. Com este objetivo, deve ser levado em conta o seguinte conceito: “o companheirismo é a união extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida e d’almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável”.⁵⁵

Com respeito à terminologia empregada, em matéria de família não fundada no casamento, a designação terminológica sempre foi a mais variada, o que representa certa dose de desprezo ao tema. Tradicionalmente, o termo “concubinato” era empregado, e etimologicamente *concupinatus* deriva do verbo *concupare* ou *concupere*, significando comunhão de leito. Contudo, as referências contidas no Código Civil, todas em sentido negativo, geraram carga de preconceito, de discriminação, de tratamento odioso dispensada às uniões extramatrimoniais, assemelhada ao termo “desquite”. Por isso se fez necessário alterar a designação, extirpando o tom discriminatório, tendo a Constituição Federal e o novo Código Civil adotado o termo “união estável”. Contudo, tal termo também não é

⁵³ Apud BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*, 1987. p. 134.

⁵⁴ São considerados requisitos para o reconhecimento da sociedade de fato e o conseqüente direito ao partilhamento de bens, nos termos da Súmula nº 380: a) comunhão de interesses na persecução de fim comum (*affectio societatis*); b) formação do patrimônio durante o período de convivência comum; c) esforço comum dos companheiros para a constituição do patrimônio.

⁵⁵ O conceito foi formulado no trabalho de minha autoria, denominado *O companheirismo: uma espécie de família*, que abrange as principais características e requisitos do instituto.

o mais recomendável, porque é formado com o adjetivo “estável”, característica que pode sugerir que somente este tipo de união é dotado de estabilidade, excluindo por exemplo a união matrimonial de tal solidez, o que não é verdade⁵⁶. Assim, a proposta é de se adotar o termo “companheirismo” para designar o instituto, diante da prevalência do elemento anímico, do afeto, indispensável à constituição e permanência da família informal, seguindo tendência legislativa, no Brasil, que designa os partícipes da união como companheiros, em obediência a *ratio essendi* de tais uniões. O termo “concubinato”, portanto, deve ser reservado para outros tipos de uniões extramatrimoniais que não se insiram no contexto da família, nos moldes constitucionais⁵⁷. A jurisprudência também, há tempos, passou a distinguir a companheira da concubina, sendo aquela a mulher que se une ao homem, e que se apresenta à sociedade como se casada fosse com o seu parceiro, enquanto que a concubina é a amante, no sentido pejorativo, ou seja, a mulher do lar clandestino, oculto. Tal distinção, hodiernamente, deve ser inteiramente aplicável ao partícipe (varão) da relação: companheiro ou concubino. O novo Código Civil, no art. 1.737, apresenta noção estreita sobre o concubinato, ao estabelecer que “as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. A norma diz menos do que deveria, já que há outras situações de pessoas desimpedidas que também configuram concubinato, como nos casos de concubinato desleal e nos de ausência de um dos requisitos do companheirismo⁵⁸.

Devem ser enunciadas as características do companheirismo: a) finalidade de constituição de família, ou seja, o desejo dos companheiros de compartilharem a mesma vida, repartindo tristezas e alegrias, fracassos e sucessos, realizando atividades em comum que representem a posse de estado de casados, inclusive por meio da procriação, se for o caso; b) estabilidade, significando tratar-se de uma união sólida, duradoura, com a renovação cotidiana da vontade de manter o projeto familiar, não sendo união efêmera, passageira, constituída a título experimental; c) unicidade de vínculo, ou seja, deve cuidar-se do único vínculo existente entre os companheiros, fundado no sistema monogâmico; d) notoriedade (mas não publicidade), a saber, união reconhecida socialmente, ainda que por um grupo restrito, pela posse de estado de casados, dignificando a união que deixa

⁵⁶ Ademais, o termo “união estável” possibilitou que alguns autores considerassem outras uniões “não-estáveis” passíveis de tutela jurídica, como as “uniões instáveis”, na expressão utilizada por AGUIAR, Pestana de. *União estável: o fato social e as novas tendências do direito de família*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, [s.d.]; ou as “uniões livres”, como aponta FACHIN, Luiz Edson. Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 3. p. 94-113.

⁵⁷ Assim, perde sentido a distinção entre concubinato puro e concubinato impuro, feita magistralmente por Álvaro Villaça AZEVEDO, já que as hipóteses de concubinato impuro (adulterino, incestuoso ou desleal) se encaixam na noção atual de concubinato, ao passo que o ‘concubinato puro’ passa a ser concebido como companheirismo.

⁵⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*:... op. cit. p. 559. Rodrigo da Cunha Pereira se mostra crítico quanto à redação do art. 1.727 (Comentários ao novo Código Civil. op. cit. p. 220).

de ser clandestina, oculta, para ser tipo de família; e) continuidade, no sentido de ser união ininterrupta, permanente (sem ser perpétua), pois se protraí no tempo sem lapsos ou rupturas; f) informalismo (ou ausência de formalidades), já que não há qualquer ato solene necessário para a constituição ou mesmo dissolução do vínculo familiar.

Quanto aos requisitos objetivos, devem ser apontados: a) diversidade de sexos, ou seja, união extramatrimonial entre um homem e uma mulher, como componente cultural, atrelado à noção de que tais uniões existem, normalmente, para atender aos desejos instintivos das pessoas, ou seja, a manutenção de relações sexuais e, eventualmente, para servir à procriação da espécie; b) ausência de impedimentos matrimoniais, tal como tratados na legislação civilista, salvo o impedimento de adultério, pois há casos de pessoas separadas de fato que podem vir a constituir nova família, sendo esta informal; c) comunhão de vida, sob os três aspectos: físico - débito conjugal; econômico - vida em comum para a prosperidade; e espacial - habitação comum, lar conjugal; d) lapso temporal de convivência, ou seja, o decurso de período razoável de convívio, a fim de, juntamente com os outros requisitos, possibilitar a verificação da existência de uniões sólidas, e não precárias, ocasionais. A respeito dos requisitos subjetivos, devem ser colacionados: a) convivência *more uxorio*, ou seja, aquela que tenha aparência de casamento, com a intenção de vida em comum; b) *affectio maritalis*, ou o sentimento de amor e solidariedade entre os companheiros, a intenção de se unirem cercados de sentimentos nobres, desinteressados de qualquer fator de índole econômica ou patrimonial. É válido observar que o art. 1.723, *caput*, e § 1º, do novo Código Civil, acolheu expressamente alguns dos requisitos acima listados.

Sobre o tema dos requisitos, duas questões surgem, da maior relevância: o lapso temporal de convivência e a situação que envolve as pessoas casadas, mas separadas de fato. A Lei nº 8.971/94, por exemplo, estabelecia o prazo de cinco anos de convívio, no caso de inexistir prole comum do casal, para atribuição dos efeitos jurídicos às uniões extramatrimoniais, enquanto que a Lei nº 9.278/96 não fez qualquer referência ao fator temporal na configuração da família extramatrimonial, no que foi secundada pelo novo Código Civil. Os Projetos de Lei nº 118/84 - Projeto de Código Civil, com as emendas aprovadas no Senado Federal -, e 2.686/96 - de iniciativa do Presidente da República - preocuparam-se em fixar lapso temporal de convivência, de maneira expressa, no sentido da configuração do companheirismo para os fins tratados no bojo de tais textos de direito projetado⁵⁹. O texto aprovado do novo Código Civil - que se encontra em vigor - não contempla prazo de convívio para configuração do companheirismo.

⁵⁹ A respeito do tema, remeto o leitor a COLTRO, Antônio Carlos Mathias. op. cit. p. 27-45, o qual tece minuciosas considerações acerca de vários aspectos contidos, principalmente, no projeto do novo Código Civil.

Em outra oportunidade, considerei ser essencial o requisito objetivo do lapso temporal de convivência entre os companheiros, que “deve estar conjugado com os demais para que possa ser considerada a relação fundada no companheirismo”⁶⁰. Em aditamento aos argumentos ali lançados, pode-se afirmar que a família não fundada no casamento, tal como a posse e a obrigação natural, alinhadas por PERLINGIERI como situações ditas de fato⁶¹, representam aspectos juridicamente relevantes, e que, portanto, o Direito não pode desconsiderá-las. Contudo, tais situações concentram maior reconhecimento jurídico exatamente quando associadas ao fator temporal, sob pena de desmantelamento de todo o arcabouço existente no ordenamento jurídico:

A caracterização do usucapião, e também do companheirismo, não pode ser relegada apenas aos requisitos subjetivos. A existência da posse mansa e pacífica, ininterrupta, com *animus rem sibi habendi*, por si só, não conduz ao usucapião, sendo necessário o prolongamento da posse pelos períodos temporais que a lei estipula. Da mesma forma em relação ao companheirismo. O convívio entre os partícipes da relação formada por um homem e uma mulher desimpedidos [...], com tratamento recíproco como se casados fossem, com *affectio maritalis*, não pode conduzir à configuração do companheirismo, diante da falta do pressuposto temporal. Falta segurança, estabilidade, solidez na relação por eles mantida, e nesse caso, não está dentro da previsão constitucional⁶².

A situação que envolve os companheiros é, juridicamente, de posse qualificada de estado de casados, para efeito de configuração de família, e não uma posse simples, transitória, suscetível de rompimento por motivo de somenos importância.

E, nesse particular, a Constituição Federal, de maneira implícita em relação ao companheirismo, aponta o lapso temporal mínimo de convivência, no próprio artigo 226 ⁶³, a saber: o prazo de dois anos. Pela primeira vez na história das constituições brasileiras, duas realidades fáticas, em matéria de Direito de Família, foram expressamente reconhecidas: a “união estável” e a separação de fato. Enquanto a “união estável” representa a constituição

⁶⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*: ..., p. 195. Nesse sentido, Eduardo Estrada ALONSO, no direito espanhol, considera o fator temporal como “índice de estabilidade das uniões livres”, defendendo-o como requisito das uniões extramatrimoniais familiares (apud DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 667, p. 23, maio de 1991).

⁶¹ PERLINGIERI, Pietro, op. cit. p. 142-144.

⁶² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo*:..., p. 196.

⁶³ Trata-se da regra do divórcio direto, exposta no § 6º do artigo 226: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

de uma família, a separação de fato, desde que duradoura, possibilita a dissolução de outra, a matrimonial. Tal como ocorre no companheirismo, o divórcio direto somente é possível desde que haja o preenchimento de certos pressupostos de índole objetiva e subjetiva. Para que ocorra o divórcio do casal, a perda da *affectio maritalis* - diante da incompatibilidade de se dar continuidade ao projeto original de vida em comum - deve ser conjugada com o decurso de prazo de dois anos. Tal prazo, portanto, foi considerado pelo legislador constituinte como o índice para a constatação da irreversibilidade da situação fática de incompatibilidade conjugal, demonstrando, assim, a impossibilidade do retorno ao convívio e ao projeto familiar originário.

O prazo de dois anos foi considerado razoável e plausível para se aferir a instabilidade do casamento, proporcionando, assim, a sua pronta dissolução. O mesmo espírito na fixação desse prazo de dois anos (para a descaracterização da *affectio maritalis*) deve ser considerado para efeito de estabilidade das uniões extramatrimoniais, ou seja, o período necessário e razoável para a construção da *affectio maritalis* entre os companheiros [...] ⁶⁴

O sentido da norma constitucional, no contexto da interpretação sistemática e teleológica do artigo 226, foi de estatuir lapso temporal de dois anos, no mínimo, para a constituição do companheirismo, atendendo, integralmente, ao processo de repersonalização do Direito de Família, devidamente constitucionalizado ⁶⁵.

De todo modo, o simples cumprimento do requisito temporal, por si só, não confere à união extramatrimonial o *status* de família, devendo concomitantemente coexistirem os demais requisitos objetivos e subjetivos para a configuração do companheirismo ⁶⁶.

Outro questionamento, que decorre do próprio texto constitucional, refere-se à situação de união extramatrimonial em que há estado civil de casado em relação ao partícipe que, no entanto, encontra-se separado de fato de seu cônjuge. Haveria

⁶⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo*:... p. 200.

⁶⁵ De acordo com as lições de Teresa Arruda Alvim PINTO (Entidade familiar e casamento formal. In: _____. *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 82); Leoni Lopes de OLIVEIRA (*Alimentos e sucessão no casamento e na união estável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 104); e Basílio de OLIVEIRA (*Direito alimentar e sucessório entre companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. p. 61), há lapso temporal de convivência para fins de configuração do companheirismo.

⁶⁶ A única ressalva que deva ser admitida ao lapso temporal mínimo de dois anos diz respeito à dissolução do vínculo familiar por morte involuntária de um dos partícipes da união, porquanto nessa hipótese havia intenção de permanência da união entre o casal, o que somente não ocorreu por evento alheio à vontade de ambos, dissolvendo o projeto de vida a dois. E, evidentemente, nesse caso, tal família somente se refletirá em alguns efeitos, excluindo outros - em relação aos alimentos, por exemplo, não existirá qualquer reflexo.

companheirismo ou concubinato⁶⁷? Para Rainer CZAJKOWSKI, observando a doutrina e jurisprudência majoritárias sobre o tema, a situação é de companheirismo:

[...] a prolongada separação de fato entre os cônjuges representa, a experiência o demonstra, a extinção daquela comunhão de vida que o casamento exige. Assim, [...], não é mais possível considerar como ‘adulterino’ o relacionamento de um dos cônjuges, efetivamente separado de fato, com terceiro. Passa a ter sentido, então, cogitar-se de entidade familiar constituída por esta união livre porque a família anterior, que o casamento só formalmente ainda mantém, na prática não existe mais (pelo menos não com relação a este cônjuge, separado de fato, que se concubinou com terceiro)⁶⁸.

Diante da regra que prevê a conversão da “união estável” em casamento, indaga-se: há algum obstáculo a respeito da presença de pessoa que não seja solteira, divorciada ou viúva para integrar a família informal? Podem as pessoas separadas judicialmente, ou de fato, em certas condições, constituírem famílias extramatrimoniais? Como se sabe, o estado civil de separado judicialmente não inclui o indivíduo no rol dos impedimentos matrimoniais do artigo 1.521, do novo Código Civil, mas novo casamento somente pode ser celebrado com a dissolução do vínculo matrimonial anterior. E, assim, obviamente a conversão do companheirismo em casamento dependerá, necessariamente, do prévio divórcio do companheiro que tem o status de separado judicialmente.

A regra constitucional da conversão em casamento atribui uma faculdade aos companheiros que, à evidência, pode ou não ser exercida, não impondo a limitação no sentido de que os partícipes somente possam ser considerados companheiros se estiverem “desimpedidos” - na sua mais lata acepção. Não é, por conseguinte, indispensável que a união extramatrimonial esteja apta à conversão, já que “a Constituição objetivou que os companheiros ou já estivessem desimpedidos em sentido amplo, ou em condições objetivas e subjetivas de se liberarem (veja-se, v.g., a hipótese do casado, separado de fato há dois anos, que pode prontamente obter o divórcio direto; ou na hipótese do separado judicialmente, nesse estado há um ano)”⁶⁹. A regra da conversão, portanto, não é restritiva ou limitadora quanto ao estado civil dos partícipes da relação extramatrimonial. A conversão é a faculdade introduzida pelo texto constitucional em favor

⁶⁷ O termo é empregado para designar as uniões fortuitas, instáveis, esporádicas, ou mesmo estáveis mas carentes de um ou mais requisitos essenciais para a configuração do companheirismo, como no caso de uma união extramatrimonial existente entre um pai e uma filha (violadora do impedimento de incesto).

⁶⁸ CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 1997. p. 51.

⁶⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo* ..., p. 152.

dos companheiros, nunca a limitação quanto às suas condições pessoais. Logo, não houve limitação constitucional da abrangência do companheirismo apenas aos solteiros, divorciados ou viúvos; a norma constitucional, nesse particular, admite que seja considerado partícipe da família extramatrimonial qualquer pessoa que, impedida formalmente para se casar por vínculo matrimonial ainda vigente, esteja apta a obter judicialmente a alteração de seu estado civil e, assim, requerer, administrativamente, a conversão da união extramatrimonial em matrimonial. O novo Código Civil acolheu expressamente tal orientação, conforme se verifica pela leitura da regra do art. 1.723, § 1º, ao estabelecer que o impedimento de bigamia não impede a configuração do companheirismo quando a pessoa casada estiver separada de fato do cônjuge e, nesse período, passar a conviver com outra.

5. Relação jurídica familiar fundada no companheirismo

Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, já se fazia sentir a necessidade de regramento normativo a respeito dos interesses dos companheiros, mormente no âmbito interno da união extramatrimonial por eles mantida, “motivo pelo qual os tribunais se anteciparam ao legislador para proporcionar o reconhecimento de efeitos que, na ordem moral e fática, já eram considerados.”⁷⁰ Diante do reconhecimento constitucional do novo modelo de família, a necessidade foi ainda mais acentuada, não se contentando com alguns preceitos oriundos de leis especiais, como as Leis nº 8.009/90, 8.069/90 e 8.245/91. Isso explica o advento da Lei nº 8.971/94 e, posteriormente, da Lei nº 9.278/96, esta última estabelece de forma expressa direitos e deveres recíprocos entre os companheiros, além de fornecer novos contornos aos efeitos patrimoniais da família informal. Com o novo Código Civil, reforça-se a orientação da indispensabilidade da regulamentação legislativa dos efeitos pessoais e patrimoniais do companheirismo.

De se notar, no entanto, que a despeito da regulamentação relativamente recente acerca dos deveres dos companheiros, estes preexistiam às próprias leis, como consequência natural dos requisitos e características inerentes ao companheirismo, apenas com a ressalva de não poderem ser considerados deveres, na acepção jurídica da palavra, porquanto ausente qualquer sanção para o seu descumprimento. Isso, no entanto, não invalida a própria existência no plano fático de tais deveres, tais como a fidelidade, a coabitação, a assistência moral e material, além evidentemente da guarda, sustento e educação dos filhos⁷¹.

⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo* ..., p. 228.

⁷¹ *Ibid.*, p. 228.

De todo modo, a relação jurídica familiar, mesmo antes das leis acima referidas, já existia entre os companheiros, de acordo com a construção jurisprudencial em matéria de indenização por serviços prestados - relacionado ao interesse relativo à assistência material e moral recíproca - e de sociedade de fato - relativo à comunhão de vida, sob o aspecto econômico, no sentido da prosperidade patrimonial verificada no curso da união mantida entre os partícipes da relação. Tais efeitos são reflexo dos deveres familiares que envolvem parte importante da personalidade dos companheiros e têm caráter duradouro, diversamente do que ocorre com as obrigações em geral.

Com base no princípio isonômico estatuído no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, além do disposto no artigo 226, § 5º, do mesmo texto, e, finalmente, observando-se os princípios constitucionais, os direitos e deveres entre os companheiros são rigorosamente os mesmos, e não se admite qualquer distinção no que toca aos efeitos internos do companheirismo. Apenas para espantar qualquer dúvida, não seria constitucional o reconhecimento de deveres apenas em relação à companheira, em benefício de seu par, sob pena de se desestimular a constituição de vínculos matrimoniais, pois estar-se-ia atribuindo mais direitos ao companheiro do que ao cônjuge-varão.

Quanto aos efeitos jurídicos pessoais entre os companheiros, atualmente o novo Código Civil, no art. 1.724, enuncia, expressa ou tacitamente, os seguintes: a) dever de lealdade, decorrente do respeito, da consideração que ambos devem ter mutuamente, associado aos requisitos da unicidade de vínculo, da comunhão de vida, e da *affectio maritalis*⁷²; b) dever de coabitação, como reflexo dos requisitos de comunhão de vida *more uxorio* e da característica da continuidade, abrangendo a vida sob o mesmo teto, a prosperidade do casal em termos materiais e existenciais, e a satisfação do débito conjugal, enfim, vida em comum fundada no afeto, no amor e prazer da companhia recíproca; c) dever de assistência moral, representando o elemento ético que rege e mantém o vínculo familiar, ou seja, o compromisso familiar associado ao dever de socorro, qual seja, a assistência material; d) dever de guarda, sustento e educação dos filhos, que independe da união extramatrimonial, hodiernamente, decorrendo pura e unicamente do vínculo de parentesco.

Os efeitos jurídicos patrimoniais entre os companheiros atualmente estão sedimentados em termos legislativos, após longa e tortuosa peregrinação no Direito brasileiro. Outrora estigmatizado e discriminado, o companheirismo foi, paulatinamente,

⁷² O dever de lealdade abrange os aspectos físico e moral, ou seja, implica o dever de abster-se de manter relações sexuais com outras pessoas, além de praticar condutas que indiquem tal intenção, ainda que não se consuma o ato.

avançando no mundo jurídico, ingressando no Direito das Obrigações por via transversa - sociedade de fato e indenização por serviços prestados -, no Direito Previdenciário e na Infortunistica, até, finalmente, fincar raízes no Direito de Família. A despeito da ementa da Lei nº 8.971/94 somente se referir ao *direito dos companheiros a alimentos e à sucessão*, forçoso é reconhecer que o artigo 3º instituiu regime de bens no companheirismo. Até o advento da mencionada lei, o enunciado da Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal, acrescido da noção de contribuição indireta, era perfeitamente aplicável às uniões extramatrimoniais com prosperidade patrimonial. O preceito do artigo 3º da Lei nº 8.971/94 buscou adequar os reflexos patrimoniais, em vida dos companheiros, ao Direito de Família, apesar de ter como fundamento o enunciado sumular⁷³. Não houve introdução de regime idêntico ao regime de comunhão parcial de bens, já que ficou expresso o requisito da colaboração prestada por aquele que pretende receber a cota prevista em lei, razão pela qual o regime se aproxima bastante do regime de separação obrigatória de bens no casamento de acordo com a interpretação jurisprudencial que se vem dando ao enunciado da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal⁷⁴.

De acordo com o artigo 5º da Lei nº 9.278/96, houve presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens. Tal preceito visou a equiparar a atividade doméstica, não-remunerada, ao trabalho profissional do parceiro, atendendo aos princípios de igualdade, solidariedade e pluralismo, reconhecidos em nível constitucional. Não há apenas um regime de bens no companheirismo. Introduziu-se o regime legal, previsto no artigo 5º, e o regime de separação absoluta de bens adquiridos onerosamente por cada um, na constância da união, sendo a escolha irrevogável, sob pena de atribuir mais vantagens aos companheiros do que aos casados. Ainda assim, não houve equiparação ao regime da comunhão parcial de bens, existente no casamento. A disponibilidade entre os companheiros, em matéria de regime de bens, somente abrange os bens adquiridos onerosamente durante a união, estando afastados os bens adquiridos anteriormente, a qualquer título, e os adquiridos no curso do companheirismo a título gratuito ou por fato eventual. Tal assertiva é confirmada pela regra contida no art. 1.725 do novo Código Civil. É importante notar a cláusula “no que couber” - constante do dispositivo legal -, já que há bens que entram no patrimônio comum do regime da comunhão parcial no casamento, mas não entram no regime legal de bens no companheirismo.

⁷³ A regra do referido artigo 3º não previa direito sucessório, porquanto este vem regulado no artigo 2º da mesma Lei nº 8.971/94, e sim cuidava do direito de propriedade do companheiro sobrevivente em decorrência da comunhão de interesses patrimoniais mantida durante a união, resultante dos esforços de ambos na formação ou incremento patrimonial.

⁷⁴ *In verbis*: “No regime da separação legal de bens comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento por esforço comum”.

A análise do tema somente pode ser realizada enfocando a Constituição Federal, sob pena de se admitir efeitos frontalmente contrários a vários princípios e regras constitucionais. No companheirismo, não há possibilidade de se conceber qualquer um dos regimes comunitários (mesmo o da comunhão parcial nunca existirá na sua plenitude quanto aos companheiros⁷⁵), razão pela qual o princípio da liberdade do pacto, em matéria de união extramatrimonial, sofre bastante restrição.

Com o advento do artigo 1º da Lei nº 8.971/94, não há mais direito à indenização por serviços prestados entre companheiros, considerando que a construção jurisprudencial para assegurar o interesse da companheira, em regra, relativo à assistência material, atualmente é desnecessária. Com efeito, o direito a alimentos é representativo da adequação da realidade jurídico-formal à realidade sociológica preexistente, diante da solidariedade humana, mormente no vínculo familiar. E, evidentemente, a assistência material ou dever de socorro, que origina os alimentos, sofre a incidência da normativa constitucional no sentido de somente gerar efeitos alimentares nas hipóteses, e sob os fundamentos, que o ordenamento jurídico reconhece entre os cônjuges, sob pena de atribuição de maiores vantagens e benefícios aos companheiros, em patente inconstitucionalidade. Os artigos 1º; 2º, inciso II; e 7º, *caput*, todos da Lei nº 9.278/96, derrogaram o artigo 1º da Lei nº 8.971/94, alterando o preceito relativo ao dever de socorro, mas não houve revogação acerca da regra da cessação da obrigação alimentar diante da constituição de nova união pelo credor de alimentos. Diante da entrada em vigor do novo Código Civil, há a previsão do dever de socorro no art. 1.724 e a consequente previsão do direito a alimentos entre os companheiros no art. 1.694.

No Direito brasileiro, pela primeira vez, houve a introdução do direito sucessório de propriedade entre os companheiros, alterando a ordem de vocação hereditária, com tratamento idêntico à sucessão entre cônjuges através do artigo 2º da Lei nº 8.971/94. É evidente que tal efeito sofreu as mesmas limitações existentes na sucessão por morte de cônjuge, diante da condição de herdeiro facultativo deste à época da vigência do Código Civil de 1916 que, logicamente, se estendia ao companheiro. Era possível, eventualmente, que o falecido fosse casado e estivesse separado de fato do cônjuge, e em tal período constituísse e mantivesse “união estável”, acarretando a sucessão *ab intestato* simultânea e, em partes iguais, em favor do cônjuge e do companheiro supérstites. Com o novo Código Civil, o art. 1.790 alterou o sistema em matéria sucessória, retrocedendo em muito o direito à sucessão legítima em favor do companheiro⁷⁶.

⁷⁵ É precisa, neste sentido, a observação feita por Eduardo CAMBI: “O regime de bens da união estável não se confunde com o regime da comunhão parcial de bens do casamento. Este regime confere mais direitos que aquele [...]” (CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 160).

⁷⁶ Para uma leitura mais aprofundada sobre a crítica ao art. 1.790, do novo Código Civil, remeto o leitor para o livro “Direito Civil: Sucessões” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. São Paulo: Atlas, 2003. p. 44-48 e 118-128).

Considerando-se que não houve revogação do artigo 2º da Lei nº 8.971/94⁷⁷, surge o tema referente ao direito de habitação, expressamente introduzido pelo artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96. Ao analisar a questão, Eduardo CAMBI comenta: “[...] a discriminação entre o casamento e a união estável, neste caso, não se justifica, mas, antes, fere o princípio da igualdade, tratando desigualmente situações equivalentes.”⁷⁸ A meu sentir, como o sistema codificado de 1916, em matéria de direitos sucessórios reconhecidos ao cônjuge supérstite, realizava uma combinação entre tais direitos e o regime matrimonial de bens, como deixava claro o artigo 1.611 do Código Civil, a compatibilização com a Constituição necessariamente passava por um revisita do § 2º do artigo 1.611 do diploma civilista de 1916.

Daí a observação anteriormente feita:

Considerando que o regime de comunhão universal de bens nunca existirá no companheirismo, é lógico concluir que a lei propositadamente não restringiu o direito a tal regime para o efeito de aplicá-lo em todos os casos, reforçando o caráter protetivo do direito sucessório de habitação para abranger todas as situações de uniões fundadas no companheirismo. Conseqüentemente, para evitar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, pois estaria criando mais direitos aos companheiros se comparados aos casados sob regime diverso da comunhão universal de bens, deve ser considerada a cláusula de maior favorecimento, no sentido de alargar o direito real de habitação entre casados para todo e qualquer regime, aliás como já ocorre com o direito de propriedade. Assim, o art. 1.611, § 2º, do Código Civil, deve sofrer uma modificação em seu alcance, para estender o benefício a todo e qualquer regime matrimonial e não somente ao da comunhão universal⁷⁹.

⁷⁷ A respeito do tema ainda há bastante polêmica, mas tem prevalecido a orientação exposta no texto. Assim, Luiz Edson FACHIN comenta: “É certo que, a teor do artigo 11 da nova Lei, contendo a fórmula ‘revogam-se as disposições em contrário’, a Lei n. 9.278/96 somente revoga a anterior naquilo que lhe é incompatível” (FACHIN, Luiz Edson, *Elementos críticos de direito...* p. 75-76). O autor, no entanto, considera revogados os incisos I e II do artigo 2º da Lei nº 8.971/94, ou seja, o usufruto companheiril, diante da introdução de novo direito real temporário (o direito de habitação).

⁷⁸ CAMBI, Eduardo. op. cit. p. 172. E, mais adiante, o mesmo autor comenta: “A intervenção legislativa, neste aspecto, parece ser o caminho mais curto para harmonizar, com igualdade, essas situações equivalentes. Enquanto não houver legislação mais adequada, cabe ao Judiciário evitar [...] a superproteção da companheira, adotando, talvez, as mesmas restrições, feitas ao casamento, em relação à união estável.” (p. 173).

⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo...*, p. 452-453.

No âmbito do novo Código Civil, não foi estabelecido o direito real de habitação no campo sucessório em favor dos companheiros conforme se constata pela leitura do art. 1.831. Contudo, não há qualquer incompatibilidade entre a previsão contida no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96 e o art. 1.831 do novo Código Civil, motivo pelo qual deve-se concluir pela continuidade do direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente⁸⁰.

6. Conclusão

Constata-se, por conseguinte, que muitas são as questões pertinentes ao tema “união livre” e relação jurídica familiar. O Direito brasileiro experimenta, nos dias atuais, os reflexos de variados fenômenos que se sucedem no campo da organização familiar. Devem ser refutadas, por completo, as apologias que anunciam o fim da família. Ao revés, visualiza-se um engrandecimento dos vínculos familiares, cada vez mais autênticos, solidaristas e transparentes. Talvez a civilização humana esteja vivenciando uma época histórica das mais promissoras, no campo familiar, e ainda não tenha percebido tal contexto. A paz, a solidariedade, a liberdade, a igualdade e a justiça dependem única e exclusivamente do Homem e, para que seja pensada a felicidade, fundamental se afigura o estabelecimento de relações jurídicas familiares atomistas e representativas da não-beligerância que deve nortear a vida humana no plano existencial. A verdade, indubitavelmente, é que estamos diante de uma NOVA FAMÍLIA.

⁸⁰ A respeito do tema, houve aprovação de enunciado interpretativo na Jornada de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informada pelo art. 6º, caput, da CF/88” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy (org.). Jornada de Direito civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003, p. 424-425; 448-449).

7. Bibliografia

AGUIAR JUNIOR, Ruy (org). *Jornada de Direito civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003.

BÉNABENT, Alain. *Droit civil: la famille*. 9. ème. Paris: LITEC, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. O sistema constitucional de família. *Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil*, n. 6, jan-mar. 1997.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1987.

BOSSERT, Gustavo A. *Régimen jurídico del concubinato*. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.

CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família. In.: SHIMURA, Sérgio Seiji; WAMBIER, Teresa A. A. (Coord.) *Processo de Execução*. São Paulo: RT, 2001.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável no direito projetado - o Código Civil. In: WAMBIER, Teresa A. A. e Eduardo de Oliveira Leite. (Coord). *Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre*. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 1997.

DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1984.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Da união estável como entidade familiar*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 667, maio de 1991.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FRIGINI, Ronaldo. *O concubinato e a nova ordem constitucional*. Revista dos Tribunais, n. 686, 1992.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GELLER, Rodolfo Hans; BORGHEZAN, Miguel. *A união e os direitos não-patrimoniais*. Revista Logos Veritas. Santarém, Pará, n. 2, 1998.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, abr.-jun. 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: WAMBIER, Teresa A. A. (Coord) *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIRA, Ricardo Pereira. *Relação Jurídica*. Texto impresso, resultado de trabalho acadêmico apresentado durante o Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, ao ministrar a disciplina Teoria do Direito Civil I, no primeiro semestre de 1999.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. Concubinato: novo rumos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Leoni Lopes de. *Alimentos e sucessão no casamento e na união estável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. De Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 7, 1ª quinzena abr. 1995.