

# União Estável – Sua Evolução na Jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Carlos Alberto Machado <sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O ser humano é gregário.

Desde priscas eras, buscavam os seres humanos primitivos formar grupos, seja para a autodefesa, seja para suplantar os ambientes inóspitos.

O agrupamento humano daqueles tempos imemoriais deu lugar, por força da evolução da humanidade, a grupos sociais formados segundo laços de parentesco, de amizade, de autopreservação, de interesses patrimoniais, de religião, de conhecimentos científicos e tantos outros.

E dentre estes agrupamentos sociais, a família é o mais preponderante grupo social e organizado.

Desde então, suscita a família a preocupação do Estado que regula a família os direitos e deveres de seus membros.

Ao longo dos séculos, segundo os moldes ocidentais e por força das religiões, mormente o Cristianismo, a família era fruto do casamento como ato solene.

A união livre e afetiva entre um homem e uma mulher, ou seja, sem observar a solenidade do ato de união, conforme a lei, sempre foi relegada à posição secundária, embora fosse do conhecimento público.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 2ª Vara de Família do Fórum Regional da Leopoldina.

No Brasil, de início, o casamento religioso era o único a permitir a constituição da família legítima.

Com o advento da República e a segregação entre o Estado e a Igreja, somente o casamento civil era válido e apto a constituir a família legítima.

Posteriormente, o matrimônio civil veio a coexistir com o matrimônio religioso, desde que este observasse as exigências das leis do Estado laico.

Permanecia a união livre entre um homem e uma mulher à margem da lei, não gerando direitos e obrigações entre os parceiros.

No albor do século XX, os Tribunais do país não se furtaram a enfrentar as consequências jurídicas advindas das uniões livres.

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula nº 35, reconheceu direito à concubina de ser indenizada pela morte do amásio em caso de acidente de trabalho ou de transporte.

Insta ressaltar que a referida súmula veio a lume em virtude dos acidentes ocorridos durante o transporte ferroviário, sendo que data do ano de 1912 o Decreto nº 2.681, que regulamenta a responsabilidade civil das estradas de ferro.

Excetuando-se o reconhecimento legal dos direitos da concubina, por meio da Consolidação das Leis da Previdência Social, todos os demais direitos reconhecidos e concedidos à concubina tiveram por origem a construção da doutrina e a atuação do Judiciário, que vivenciou o confronto entre teses conservadoras e teses liberais.

Somente após a promulgação da Carta Política de 1988, os primeiros passos foram dados para o reconhecimento da união livre como entidade familiar e, a partir desse marco político, houve a profusão de leis para regulamentar os direitos dos parceiros que vivem sob união estável.

Pretende este estudo tecer singelos comentários sobre a evolução da sociedade concubinária – entidade não aceita como família – até a sua elevação à condição de grupo familiar reconhecido por disposição legal.

E, por derradeiro, porém não menos importante, faz-se menção ao ativismo judicial, ante a inércia do legislador, ao reconhecer como entidade familiar o casal homoafetivo e os direitos dos parceiros segundo a justa interpretação dada à norma constitucional do art. 226.

## BREVE HISTÓRICO

A família, nos moldes civilizados, ao longo dos séculos, manteve-se organizada segundo a influência da civilização romana.

Na sociedade romana antiga, em torno de um líder, o *pater – familias*, orbitavam todos os demais membros de um mesmo tronco.

O referido grupo familiar, em Roma, após várias transformações, adotou o modelo de união solene entre pessoas de sexos opostos como fundamento nas *justae nuptiae*. E, para ser reconhecida como tal, como pontifica Carlos Alberto Bittar, deveriam observar alguns requisitos: a) capacidade dos nubentes (elemento objetivo); b) consentimento (elemento volitivo); c) afeição (elemento espiritual); d) ausência de impedimentos (elemento pessoal).<sup>2</sup>

Em realidade, tratava-se de compromisso formal (contrato) assumido perante a sociedade, advindo responsabilidades para os nubentes, tais como: relacionamento íntimo, exclusivo, duradouro e comunhão de vida entre as partes.<sup>3</sup>

Complementa Carlos Alberto Bittar que as uniões constituídas sem aquela solenidade eram consideradas uniões livres, pois que não tinham o status próprio do casamento. Se consideradas estáveis, eram conceituadas como quase-casamento e não desfrutavam dos mesmos efeitos originados do ato solene porque desprovidos dos deveres especiais dos nubentes.<sup>4</sup>

No mesmo sentido, comenta Adahyl Lourenço Dias haver previsão legal para a união livre (concubinato) na Roma Antiga pré e pós – Cristianismo.<sup>5</sup>

Se naquela época era reconhecida a união livre, com o advento do Cristianismo e a preponderância da Igreja Católica Apostólica Romana, o núcleo familiar legítimo se originava do casamento como sacramento. O

---

2 BITTAR, Carlos Alberto. “Novos Rumos do Direito de Família”. In: **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 02.

---

3 BITTAR, Carlos Alberto. *Op.cit.* p 02.

---

4 Idem, p. 02.

---

5 DIAS, Adahyl Lourenço. **A Concubina e o Direito Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 1988 p. 23-31.

ato solene havia de ser submetido à autoridade religiosa, com consentimento formal e publicação de proclamas para produzir efeitos legais. Verdado era o divórcio e desestimuladas as uniões livres.<sup>6</sup>

Embora não estimulada a família de fato, aquela oriunda das uniões livres, sempre existiu e, segundo Kátia Regina da Costa S. Ciotola, esta espécie de família recebeu proteção jurídica ao longo das Idades Média e Moderna.<sup>7</sup>

Comunga Adahyl Lourenço Dias desse mesmo entendimento.<sup>8</sup>

## A FAMÍLIA NO BRASIL

No Brasil, desde a colonização, vigeu por longo tempo o casamento religioso como base a constituir o grupo familiar e a gerar direitos, obrigações e proteção.

Com a proclamação da República, houve a separação entre a Igreja e o Estado.

A partir desse acontecimento político, o casamento passou a ser exclusivamente civil e regulamentado através do Decreto nº 181, de 24.01.1890. As uniões com o fim de constituir núcleo familiar se originavam do casamento civil. Família era sinônimo de casamento.

A despeito da segregação entre o Estado republicano brasileiro e a Igreja Católica, a sociedade de então repelia o divórcio, ainda por forte influência da Santa Igreja, o que deu ensejo à formação de uniões livres, ou seja, união entre pessoas impedidas de contraírem novo matrimônio, tendo em vista que o desquite não rompia o vínculo matrimonial. Dentre outras consequências, pode-se suscitar a inferioridade a que ficavam relegados os filhos adulterinos, os quais, de início, não podiam ser perfilhados.

O Código Civil de 1916, de igual modo, não previu o divórcio, pois que espelhava o pensamento reinante na sociedade de então.

---

6 BITTAR, Carlos Alberto. *Op.cit.* p. 02.

---

7 CIOTOLA, Katia Regina da Costa S. **O Concubinato e as Inovações Introduzidas pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96.** 1ª edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 1996. p. 08/09.

---

8 DIAS, Adahyl Lourenço. *Op. cit.* p. 29.

Clóvis Bevilacqua assim se pronunciou para justificar sua rejeição contra o divórcio e as uniões livres, conforme citado por Adahyl Lourenço Dias:

*“Mas essas uniões ilícitas não são consequências do desquite, e sim, da educação falsa dos homens. Não é com o divórcio que as combateremos e, sim, com a moral; não é o divórcio que as evita e, sim, a dignidade de cada um. É curioso que se lembrem de evitar as uniões ilícitas com o divórcio, quando este é, principalmente, o resultado das uniões ilícitas dos adúlteros. Não é o celibato forçado um estado contrário à natureza, porque, nas famílias honestas, nele se conservam, indefinidamente, as mulheres. É contrário, apenas, à incontinência”.*<sup>9</sup>

Embora a inexistência de legislação própria a regular as uniões livres, os desajustes entre os cônjuges, o término do amor e as desavenças havidas no interior do lar conjugal não impediram a separação do casal infeliz e a constituição de novas uniões.

O Direito não podia estar omissa às transformações sociais.

A propósito, durante o século XX não faltaram exemplos a instigar o legislador brasileiro a elaborar leis que protegessem e regulassem as uniões informais.

Cita Katia Regina da Costa S. Ciotola a jurisprudência francesa que, ao apreciar as demandas oriundas do concubinato, passou a reconhecer essa união como sociedade de fato por força da comunhão de vida dos concubinos.

E mais, no dia 16.11.1912, na França, veio a lume a primeira lei que estabeleceu o concubinato notório como fundamento para o reconhecimento da paternidade ilegítima. Em sequência, várias leis surgiram para a evolução doutrinária e jurisprudencial francesas.<sup>10</sup>

No Brasil, ante a lacuna legislativa e por força da norma inserta no art. 4º do Decreto Lei nº 4.657/1942, Lei de Introdução ao Código Civil,

---

9 DIAS. Adahyl Lourenço. *Op. cit.* p. 30.

---

10 CIOTOLA. Katia Regina da Costa S. *Op. cit.* p. 09.

os Tribunais pátrios foram preponderantes para o reconhecimento dos direitos dos concubinos. E possibilitaram o surgimento de leis que regem os direitos e obrigações daqueles que vivem em uniões livres, como também que permitem, por lei, o reconhecimento de filhos ilegítimos.

Em suma, nosso ordenamento passou a reconhecer como entidade familiar aqueles que vivem em uniões livres.

Hodiernamente, a atuação vanguardista da jurisprudência brasileira, em razão da inércia do legislador, reconhece como entidade familiar a união homoafetiva e estabelece equiparação dessas uniões às uniões estáveis heterossexuais.<sup>11</sup>

Ato contínuo, benefícios previdenciários entre os companheiros do mesmo sexo foram admitidos. Casais homoafetivos passaram a ter direito à adoção de crianças e à formalização do casamento.

Avanços que, repiso, os operadores do Direito não poderiam olvidar e tampouco agir como se esses fatos sociais não existissem e não estivessem batendo às portas dos Tribunais clamando por justiça.

A união livre para ser reconhecida como entidade familiar teve de enfrentar, inclusive, o conservadorismo de alguns magistrados, o que ensejou uma longa trajetória.

Necessário que sejam apreendidos os conceitos e distinções entre concubinato e união estável, tendo em vista que o Código Civil de 2002 ainda os mantém.

## CONCEITO DE CONCUBINATO

No princípio, antes, portanto, da normatização da união estável, a doutrina, ao analisar a união livre, fazia distinções entre concubinos e companheiros.

Adahyl Lourenço Dias resume a doutrina vigente à época anterior às Leis 8.971/94 e 9.278/96.<sup>12</sup>

---

11 FUX. Luiz. **Equiparação das Uniões Homoafetivas às Uniões Estáveis in Jurisdição Constitucional. Democracia e Direitos Fundamentais.** Edição Especial. Belo Horizonte. Editora Forum. 2012, p. 83-98.

---

12 DIAS. Adahyl Lourenço. *Op. cit.* p. 42-43.

*“No campo do direito civil é mister estabelecer duas espécies de concubinato, uma no sentido lato e outra no estrito.*

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

.....  
*A concubinação, portanto, se estende a todas as várias modalidades de ligações livres, eventuais e transitórias, desde que perdurem por algum tempo.”*

E como concubinato em sentido estrito, assim o define:

*“O concubinato no sentido estrito é a união duradoura, com todo o aspecto de casamento legítimo, notoriedade de afeições recíprocas, vivendo como marido e mulher, respeitando-se mutuamente e coabitando-se sob o mesmo teto. O verbo “coabitar” tem duas acepções em direito – conviver sob o mesmo teto e ter comércio sexual”.*

Infere-se que no concubinato em sentido estrito somente as pessoas solteiras, viúvas ou desquitadas poderiam viver esta modalidade de união livre.

As pretensões concubinárias chegavam aos Tribunais.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, no princípio do século XX, através da Súmula nº 35, reconheceu direito à concubina de ser indenizada pela morte do amásio em caso de acidente de trabalho ou de transporte.

Insta ressaltar que a referida Súmula veio a lume em virtude dos acidentes ocorridos durante o transporte ferroviário, sendo que data do ano de 1912 o Decreto nº 2.681 que regulamenta a responsabilidade civil das estradas de ferro.

Como decidir a pretensão daquele(a) que, após anos de vida em comum, a despeito da impossibilidade de matrimoniar-se, via-se sem qualquer garantia depois de terminada a relação concubinária em seu sentido estrito?

Como já dito, o magistrado não pode se omitir de resolver o conflito social sob o argumento de inexistir norma legal que o regule, haja vista o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil.

Houve julgamentos que apegados à literalidade da lei negavam qualquer direito à concubina por não existir possibilidade jurídica do pedido.

Não obstante, houve julgados que reconheciam efeitos jurídicos advindos das uniões livres puras.

E, para tanto, a doutrina e a jurisprudência igualmente faziam distinção entre concubina e companheira com o intuito de serem identificadas as consequências jurídicas.

Com efeito, a qualidade de companheira estava vinculada à formação de uma sociedade de fato, ou seja, quando a mulher houvesse contribuído com seu trabalho ou houvesse exercido atividade produtiva para o enriquecimento do patrimônio concubinário com aquisição de bens, embora estes bens estivessem em nome de apenas um dos companheiros.

Em contrapartida, considerava-se concubina a mulher que simplesmente prestava serviços domésticos e sua participação cingia-se a cuidar do lar.

No que concerne às demandas que envolvem as companheiras, as decisões judiciais tinham fundamento na Súmula 380 do STF, que entendia, uma vez dissolvida a união concubinária, cada parceiro tinha direito a uma parte dos bens comuns adquiridos por comunhão de esforços.

Dispõe a Súmula 380 que:

*Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.*

Na mesma linha de raciocínio, porém sob o amparo dos arts. 1.363 e 1.366 do Código Civil de 1916, decidia-se acerca da justeza da partilha dos bens comuns adquiridos por esforço de ambos os parceiros durante a união.

Quanto às demandas relacionadas às concubinas, ou seja, aquelas que prestavam tão somente serviços domésticos e, por assim dizer, não contribuíam para a aquisição de bens durante a vida em comum, as decisões judiciais fundamentavam, por analogia, na formação de um contrato de prestação de serviços entre os concubinos à luz do art. 1.216 do Código Civil de 1916.

Assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal ao apreciar pretensão de ex-concubina de receber salário por serviços prestados ao ex-concubino, decorridos 18 anos de vida concubinária e por haver sido expulsa de casa pelo então companheiro. Transcreve-se a ementa do julgado colegiado da 1ª Turma, RE 79.079, em 10.11.1977, sendo Relator o Ministro Antonio Néder:

*“Deve distinguir-se no concubinato a situação da mulher que contribui, com o seu esforço ou trabalho pessoal, para formar o patrimônio comum, de que o companheiro se diz único senhor, e a situação da mulher que, a despeito de não haver contribuído para formar o patrimônio do companheiro, prestou a ele serviço doméstico, ou de outra natureza, para o fim de ajudá-lo a manter-se no lar comum.*

*Na primeira hipótese, a mulher tem o direito de partilhar com o companheiro o patrimônio que ambos formaram; é o que promana dos artigos 1.363 e 1.366 do CC, do art. 673 do CPC de 1939, este ainda vigente no pormenor por força do art. 1.218, VII, do CPC de 1973, e do verbete 380 da Súmula desta Corte. Na segunda hipótese, a mulher tem o direito de receber do companheiro a retribuição devida pelo serviço doméstico a ele prestado, como se fosse parte num contrato civil de prestação de serviços, contrato esse que, outro não é senão o bilateral, oneroso e consensual definido nos arts. 1.216 e seguintes do C.C., isto é, como se não estivesse ligada, pelo concubinato, ao companheiro.”<sup>13</sup>*

Entendimentos posteriores de nossos Tribunais admitiram não ser indispensável haver a contribuição financeira de ambos os companheiros para a formação do patrimônio durante a união pura livre.

Confira-se o julgado do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJ/RJ:

**MEACÃO DE BENS** – *Comprovado que a contribuição da companheira não se limitou aos afazeres domésticos, mas foi de efetiva participação na formação de patrimônio comum, reconhecida a sociedade de fato em ambas as instâncias, bem como que tal participação deve ser relativa ao produto dos bens adquiridos durante a união “more uxorio”, restringindo-se a divergência da turma julgadora de segundo grau de jurisdição apenas ao percentual a ser atribuído, defere-se, em grau de embargos infringentes, o percentual de 50% (cinquenta por cento), nos limites do voto vencido.*

De forma mais justa, a companheira que se atém a administrar o lar e a criar os filhos concorre para a estabilidade do lar e contribui, mesmo que indiretamente, para o progresso da vida profissional do companheiro. Daí por que legítima a partilha dos bens.<sup>14</sup>

Observe-se o julgado da 7ª CC do TJRJ:

**SOCIEDADE DE FATO** – *A convivência “more uxorio” por vinte e dois anos, demonstrado que a companheira se dedicou nesse longo período de tempo ao varão, dando-lhe assistência espiritual, conforto, ministrando-lhe cuidados, dada a saúde precária do companheiro, caracteriza, à evidência, a sociedade de fato. Proviamento à apelação para que se julgue procedente o pedido inicial, com relação a alguns bens adquiridos pelo varão durante a existência da sociedade de fato.*<sup>15</sup>

---

14 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ac. unânime do 2º Grupo de Câmaras Cíveis. EAp. 3942/86. Relator Desembargador Pecegueiro do Amaral. Registrado em 26.05.1988. O Direito de Família nos Tribunais. Tomo IV: Concubinato, dezembro/1992 in **Seleções Jurídicas** – ADV – Advocacia Dinâmica.

---

15 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ac. unânime Apelação 1.366/90. Relator Desembargador Penalva San-

Eram consideradas as uniões livres inseridas neste contexto como sociedades de fato.

Evitava-se, assim, o enriquecimento sem causa por parte daquele que se beneficiou do esforço do outro parceiro e obteve a aquisição de bens, os quais constavam em seu nome tão somente.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, se houve avanços no reconhecimento de efeitos jurídicos decorrentes da formação de união concubinária, seja quanto à partilha de bens, seja quanto ao pagamento de indenização, mesmo que por serviços prestados, negava-se à concubina ou companheira o direito de receber alimentos do parceiro.

Vigorava o entendimento de não ser possível a prestação alimentícia entre os concubinos/companheiros por inexistir norma legal que a autorizasse, tendo em vista que os alimentos seriam devidos única e exclusivamente com fundamento na relação de parentesco ou de matrimônio.

Nesse diapasão, o Tribunal de São Paulo refletia o entendimento então vigente:

*“CONCUBINA NÃO FAZ JUS A ALIMENTOS – Os concubinos, reciprocamente, não têm direito de pedir alimentos, os quais são devidos em razão de consanguinidade – “ius sanguinis” – ou do casamento. Em suma, ausente relação de parentesco ou que advenha do casamento, é descabido falar em obrigação alimentícia. Não emerge relacionamento com a natureza jurídica decorrente da indenização por serviços domésticos prestados, que tem outro fundamento”.*<sup>16</sup>

A 1ª CC do TJRJ, ao julgar a Ap. nº 5.016, no mês de agosto de 1989, sob a pena do Des. Renato Maneschy, não divergia desse entendimento então majoritário, haja vista excerto daquele julgado:

---

tos. Registrado em 17.04.1991. “O Direito de Família nos Tribunais”. Tomo IV: Concubinato, dezembro/1992 *in* **Seleções Jurídicas** - ADV – Advocacia Dinâmica.

---

16 **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo: v. 132/46. Ap. 133.222-1. Rel. Des. Silverio Ribeiro.

*“A proteção que o Estado assegura à concubina, e que dispensava antes mesmo da atual Constituição Federal, traduzida no seu reconhecimento como beneficiária da previdência social ainda não chegou a ponto de equipará-la, em tudo e por tudo, à esposa legítima, aquela ligada ao homem pelos laços do matrimônio civil. Por isso mesmo, e sem lei que a regule expressamente, não é possível, “data venia”, conceder pensão à companheira, assegurar-lhe o direito aos alimentos.*

*No estágio atual do nosso direito, a obrigação alimentar decorre, em primeiro lugar, de uma relação de parentesco e, em segundo lugar, do casamento.”<sup>17</sup>*

## A FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A união livre entre um homem e uma mulher, desimpedidos ou não para o casamento, passou a ser considerada entidade familiar. Deve-se não olvidar que os impedidos para o casamento são aqueles que estivessem insertos nas hipóteses previstas no art. 183 do Código Civil de 1916 e no art. 1.521 do Código Civil de 2002, salvo os casados, mas separados de fato.

Mas divergiam os Tribunais do país quanto às consequências jurídicas oriundas dessa nova entidade familiar em virtude de não haver normatização infraconstitucional. Havia entendimentos no sentido de ser necessário regulamentar a norma inserta no art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Com efeito, muitos julgadores mantinham-se presos ao direito obrigacional para dirimirem as lides oriundas das uniões livres, ainda consideradas como uniões concubinárias. Significa dizer, equiparavam as uniões estáveis às sociedades de fato. Tampouco havia consenso acerca da possibilidade de prestação alimentícia entre os companheiros.

---

17 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ac. unân. Ap. 5.016. 1ª CC/TJ. Rel. Des. Renato Maneschy. “O Direito de Família nos Tribunais”. Tomo IV: Concubinato in **Seleções Jurídicas** – ADV Advocacia Dinâmica.

Katia Regina da Costa S. Ciotola faz menção ao julgado coletivo da 5ª CC/TJRJ ao apreciar a Ap. Cível 125.110, sendo Relator o Des. Jorge Tannus, vazada nos seguintes termos:

*“Prescrevendo a C.F, no art. 226, §3º, que para efeito da proteção do Estado é reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, não chegou ao ponto de igualar o concubinato ao casamento. Ao contrário, mandando que facilite a conversão do concubinato em casamento, manteve distinção entre um e outro, e implicitamente realçou a superioridade do último sobre o primeiro. A natureza das relações para efeitos patrimoniais e, indubitavelmente, de caráter obrigacional tão somente, não podendo ser erigido o concubinato a condição “status familiae”.*<sup>18</sup>

Constata-se que a mudança do entendimento de nossos Tribunais não ocorreu sem resistências. Natural que a profunda inovação em nosso ordenamento jurídico causasse dificuldades de assimilação de novos conceitos.

Em sentido oposto, demonstrando afinidade com o dispositivo constitucional, o Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito, se não o primeiro no Tribunal de Justiça a adotar a união estável como entidade familiar e a reconhecer direitos aos companheiros, mesmo sem previsão legal infraconstitucional, foi um dos maiores defensores dessa tese jurídica.

Afastou o eminente Desembargador o Direito Obrigacional como fundamento a regular as relações entre os companheiros e passou a fundamentar no Direito de Família para resolver os conflitos oriundos da união estável.

De outro lado, reconheceu a autoaplicabilidade da norma constitucional.

Uma vez mais, forte na obra de Katia Regina da Costa S. Ciotola, transcrevo excerto do julgado no qual o Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito foi o relator:

18 CIOTOLA, Katia Regina da Costa S. **O Concubinato e as Inovações Introduzidas pelas leis 8.971/94 e 9.278/96**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 41.

*“Assim, o que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro na disciplina contratual das sociedades de fato do Código Civil, passa ao patamar de união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar, e como tal, gozando da proteção do Estado, legitimada para os efeitos da incidência de regras do direito de família, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.*

*Com tal raciocínio, que certamente enfrentará dificuldades para alcançar aceitação em plenitude, o requisito para a participação patrimonial há de ultrapassar o preâmbulo das provas do esforço comum, de natureza econômica, para centrar-se na conceituação do que seja união estável, reconhecida como entidade familiar”.*<sup>19</sup>

Nesse prisma de raciocínio, o mesmo eminente julgador obtemperou seu entendimento, embora vencido, quando do julgamento da Ap. Cível nº 5.016/88 pelo órgão colegiado da 1ª CC/TJRJ, senão vejamos:

*“União estável, interpretação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal. O que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro na disciplina contratual das sociedades de fato, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar.*

.....  
*Dá-se a proteção do Estado com o direito positivo que edita. Reconhecendo a união estável como entidade familiar para efeito de proteção do Estado, a Constituição Federal permite, expressamente, que leis protetoras da família protejam também a união estável. Desse modo, possível é o pensionamento.*

*Provimento da apelação para condenar o réu ao pagamento da pensão de um piso nacional de salário”.*<sup>20</sup>

19 CIOTOLA. Katia Regina da Costa S. *Op. cit.* p. 41-42.

20 CIOTOLA. Katia Regina da Costa S. *Op. cit.* p. 46-47.

Impende ressaltar que a preservação do direito da concubina já havia sido garantido, mediante previsão legal em algumas situações, e, portanto, mantendo-se hígido das divergências doutrinária e jurisprudencial.

O Decreto nº 77.077, de 24.01.1976, que instituiu a Consolidação das Leis da Previdência Social, em seu art. 13, inciso I, já resguardava o direito da companheira, como dependente do segurado, a receber o benefício previdenciário previsto.

Outra não foi a disposição do Decreto nº 89.312, de 23.01.1984, que instituiu a nova Consolidação das Leis da Previdência Social, revogando *in totum* o Decreto nº 77.077, de 24.01.1976.

O referido diploma legal regulava o direito da companheira nos seguintes termos em seu art. 10, inciso I:

*“art. 10. Consideram-se dependentes do segurado:*

*I – a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos, o filho de qualquer condição menor de 18 (dezoito) anos ou inválido e a filha solteira de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválida”.*

A seu turno, a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, em seu art. 16, mantém a companheira como dependente do segurado.

A Lei nº 6.858 de 24.11.1980, em seu art. 1º, igualmente preserva o direito à companheira, desde que dependente habilitada perante a Previdência Social, de receber os valores devidos em vida aos empregados dos montantes referentes aos saldos de FGTS e do Fundo de Participação PIS/PASEP.

Legitimada estava a companheira para reclamar o seguro obrigatório caso tivesse convivido com a vítima por cinco anos ou mais e estivesse habilitada como dependente na Previdência Social. Direito previsto na Lei nº 6.194, de 19.12.1974, art. 4º, § 1º, alterado pela Lei nº 8.441/92.

Com o advento da Lei nº 8.971/94, que prevê o direito de alimentos entre os companheiros, bem como o direito à sucessão dos bens deixados por morte do companheiro.

Ainda presa às disposições legais previdenciárias, o referido diploma legal resguarda o direito do companheiro, porém, se a vida em comum existir há cinco anos ou se houver prole.

Deixou de avançar o diploma legal para estar em consonância com a realidade social, vez que não resguardou o direito do companheiro separado apenas de fato. Legitimados a reivindicar aqueles direitos somente estavam os companheiros solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos.

Andou no mesmo sentido a Lei nº 9.278/96 (Estatuto da União Estável) ao dispor sobre os direitos dos conviventes.

Tanto que, em seu art. 8º, expõe que, a qualquer tempo, poderão os companheiros requerer a conversão da união estável em casamento.

Ora, para que tal fato ocorra, necessário que os companheiros não tenham impedimento para casar na forma prevista no inciso VI do art. 183 do Código Civil de 1916, ou seja, que não sejam casados. Significa dizer estão afastados da proteção legal os casados, porém, separados de fato, mesmo que há anos.

O Código Civil de 2002 veio reparar essa falta, na medida em que os companheiros casados, mas separados de fato, não deixam de constituir uma entidade familiar sob a forma de união estável.

O mesmo diploma legal, em seu art. 1.727, ainda distingue a união estável do concubinato.

Nesse contexto, define o Código, no art. 1.723 a união estável e deixa para os doutrinadores a definição de concubinato.

Carlos Roberto Gonçalves considera concubinato como união prolongada entre o homem e a mulher sem casamento. Acrescenta que o conceito generalizado do concubinato é também conhecido por união livre.<sup>21</sup>

De outro lado, Paulo Nader distingue união estável e concubinato, em que pese reconhecer que haja doutrinadores que consideram o concubinato como gênero do qual advêm as espécies: concubinato puro (união estável) e concubinato impuro ou adulterino.

---

21 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 6. 9ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012. p. 602.

Define Paulo Nader o concubinato, à luz do Código Civil/2002, como a relação não eventual entre o homem e a mulher impedidos de casar, salvo se o impedimento decorrer de separação de fato ou judicial. Aduz, que a relação concubinária pode se transformar em união estável, desde que cesse o impedimento matrimonial anterior.<sup>22</sup>

Agiu bem o legislador do código civil ao estabelecer, em seu art. 1.723, §1º, que os companheiros separados de fato não deixam de constituir uma entidade familiar sob a forma de união estável.

E, por elasticidade, advêm todos os direitos dos companheiros de pleitear pensão alimentícia um do outro, como também de herdar os bens deixados por seu companheiro, de ser incluído como dependente perante os órgãos de previdência social, de exigir indenizações por morte ilícita do companheiro, etc.

Em suma, todos os direitos previstos para os cônjuges estão previstos para os companheiros.

Contudo, cabe registrar o equívoco da norma inserta no art. 1.727 do CC/2002 ao lançar na parte final a expressão “impedidos de casar”, como observa nota de Rodrigo da Cunha Pereira.<sup>23</sup>

De fato, o § 1º do art. 1.723 não afasta os separados de fato e os separados judicialmente de viverem em união estável se observados os requisitos insertos no caput do art. 1.723 do CC/2002.

As hipóteses de impedimento para o casamento estão circunscritas, em *numerus clausus*, ao art. 1.521 do CC/2002.

Por óbvio que o impedimento para o casamento, com amparo no art. 1.521, diz respeito unicamente às pessoas casadas, inciso VI (desde que não estejam separadas de fato), e à união entre o cônjuge sobrevivente e o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte, como exposto no inciso VII.

---

22 NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. V. 5. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006. p. 610-611.

---

23 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao Novo Código Civil. Da união estável, da tutela e da curatela**. Arts. 1.723 a 1.783. V. XX. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2004.

As demais hipótese repulsam a moral existente na sociedade brasileira, além do que não se concebe que aquelas uniões viessem a se tornar públicas por desejo daqueles envolvidos afetivamente.

E a publicidade da afetividade entre um homem e uma mulher é pressuposto para o reconhecimento da união estável.

Portanto, para a melhor interpretação a ser dada ao art. 1.727, a meu sentir, deve-se desconsiderar a expressão “impedidos de casar”, pois todos aqueles que sejam solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados ou casados, mas separados de fato, viverão em concubinato se a convivência não for pública, duradoura, contínua, com o objetivo de formar uma família, mesmo que as relações sejam não eventuais.

Dessarte, haverá harmonia entre o art. 1.723, caput, § 1º e o art. 1.727.

Até o presente momento, tanto as normas legais, como a jurisprudência e a doutrina se ocuparam em estabelecer direitos e obrigações entre os companheiros que formam unidade familiar sob união estável.

Em última análise, família, hodiernamente, não é apenas aquela originada do casamento.

Como é cediço, a sociedade é dinâmica.

Seguro é dizer que, nos últimos 50 (cinquenta) anos, a sociedade brasileira sofreu diversas transformações.

A revolução sexual nos anos 60 ensejou o início do fim da supremacia da sociedade patriarcal.

A democratização política do Brasil permitiu o aprofundamento do conceito de dignidade da pessoa humana, do respeito aos direitos humanos consubstanciados na Carta Política de 1.988 e da liberdade de expressão.

Nessa esteira, foi a sociedade brasileira confrontada com os clamores dos homossexuais e casais homoafetivos por maior espaço no cenário nacional, por oportunidades e direitos iguais aos heterossexuais; por liberdade de expressão e por respeito às diferenças.

Apesar de vozes ainda amplificadas no meio social contrárias aos anseios dos homossexuais, as reivindicações não mais podem retroagir.

Diante da ausência de normas legais que regulem os direitos dos homossexuais, por inércia do legislador, o Judiciário não pôde se omitir de apreciar aquelas reivindicações.

Através do julgamento da ADPF nº132/ADI nº 4.277, o Supremo Tribunal Federal se posicionou na defesa dos casais homoafetivos e lhes concedeu o status de entidade familiar e com os mesmos direitos dos quais são titulares os casais heterossexuais.

Do voto do Ministro Luiz Fux anuindo ao voto do Ministro Relator Ayres Britto, extraio a seguinte ementa:

*“(...) Dever de promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Garantia institucional da família (art. 226, caput). Caracterização da união estável como entidade familiar. Igualdade. Dignidade da pessoa humana, na vertente da proteção da autonomia individual. Direitos de personalidade. Segurança jurídica: previsibilidade e certeza dos efeitos jurídicos das relações estabelecidas entre indivíduos do mesmo sexo. Interpretação conforme a constituição do art. 1.723 do Código Civil.*

*1. O Estado é responsável pela proteção e promoção dos direitos fundamentais, à luz da teoria dos deveres de proteção.*

*2. ....*

*3. A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, caput, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíproco entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.*

*4. A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família.*

*5. O art. 226§3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais.*

*6. Interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil de 2002, para permitir sua aplicação às uniões homoafetivas.*

*7. Pedidos julgados procedentes”.*

## CONCLUSÃO

1. Ao longo desta singela síntese, tentou-se demonstrar não somente a importância da família, como grupo social, para a estrutura do Estado, haja vista sua perene preocupação em regular as relações existentes entre os membros daquele núcleo.

2. De igual modo, comparou-se, em primeiro momento, o desnível, em grau de importância, existente entre a união havida entre um homem e uma mulher segundo as leis vigentes ou segundo as normas canônicas e as uniões livres.

3. Destacou-se que a sociedade é dinâmica e não permanece presa a vetustas normas legais, tanto que, embora desestimuladas, sempre houve uniões livres.

4. A realidade social passou a suscitar o concurso dos órgãos jurisdicionais, vez que chamados a dirimir os conflitos após o rompimento das uniões livres.

5. Anelando a justiça das decisões, os Tribunais pátrios reconheceram e concederam direitos aos concubinos, mesmo que sem previsão legal, salvo as normas previdenciárias.

6. Ressaltou-se a longa jornada, a despeito de produzir efeitos jurídicos, da união informal existente entre um homem e uma mulher ser reconhecida como unidade familiar.

7. E, como consequência, hodiernamente, os companheiros possuem os mesmos direitos que aqueles se uniram sob o matrimônio.

8. Diante da inércia do legislador, o ativismo judiciário veio ao encontro dos anseios dos casais homoafetivos que buscavam equiparação de direitos aos casais heterossexuais. Assim, compõem unidade familiar com direitos iguais aos dos heterossexuais. ♦

**BIBLIOGRAFIA:**

CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. **O Concubinato e as Inovações Introduzidas pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96**. 1ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996.

COUTO, Sergio da Silva (organizador). ADV – Advocacia Dinâmica. Seleções Jurídicas. **O Direito de Família nos Tribunais**. Tomo IV: Concubinato. 1992/Dezembro.

DIAS, Adahyl Lourenço. **A Concubina e o Direito Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. V. 6. 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012.

FUX, Luiz. **Jurisdição Constitucional. Democracia e Direitos Fundamentais**. Edição Especial. Belo Horizonte. Editora Forum. 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. V. 5. 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao Novo Código Civil. Da União Estável, da Tutela e da Curatela**. Arts. 1.723 a 1.738. V. XX. 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 2004.