

0 concubinato e a nova Constituição

Maria Berenice Dias[\[1\]](#)

Sumário: [1. Introdução](#); [2. 0 concubinato](#); [3. A norma constitucional](#); [4. A eficácia da norma](#); [5. Os alimentos](#); [6. Conclusão](#).

1. Introdução

Quando alguma Constituição ou alguma lei entra em vigor, o que mais importa do que feri-la é interpretá-la conforme os princípios da civilização em que ela se tem de inserir e de ser aplicada (grifo do autor).

Assim inicia Pontes de Miranda os seus Comentários à Constituição Federal,[\[2\]](#) já deixando entrever a necessidade de atentar no momento social sobre o qual vem a incidir a norma maior do ordenamento jurídico, que, além de reger a vida dos indivíduos que compõem o Estado, também resta por lhes impor diretrizes de conduta.

2. 0 concubinato

Ao contrário do Gênesis, o princípio não foi o verbo *conjugo vobis* do sacerdote ou do juiz. No princípio foi o fato, o concubinato na sociedade tribal ou bárbara. Depois é que veio a palavra sacramental, mas para o casamento poligâmico de que

a Bíblia dá como exemplo as 700 esposas e 300 concubinas do rei Salomão.

A Igreja, que tem o matrimônio como um de seus sacramentos, sempre influenciou o Estado, acabando todas as Constituições por consagrar o casamento como uma instituição, única forma de relacionamento entre um homem e uma mulher a merecer reconhecimento e proteção jurídica.

O Código Civil, [\[3\]](#) elaborado ainda em uma época em que mais rígido se mostrava o sentimento de moralidade, contém vários dispositivos que buscam inibir e reprimir a união extramatrimonial.

No Livro das Obrigações, no capítulo que trata da doação, o art. 1.177 consagra: *A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.*

No mesmo livro, porém no capítulo do Contrato de Seguro, há o art. 1.474, que estatui: *Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inabilitada de receber a doação do segurado.*

Finalmente, no Livro das Sucessões, ao tratar da capacidade para adquirir por testamento, insere-se o art. 1.719, inc. III: *Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários – a concubina do testador casado.*

Ditas inibições de ordem legal, no entanto, não lograram impedir a formação de relações fora do casamento. Essa realidade se impôs com tal significado, que restou por forjar o seu reconhecimento e buscar uma resposta do Judiciário. A ausência de referencial legislativo não obstaculizou o enfrentamento das ações que afloraram, sendo que as soluções encontradas visavam, não a proteger o concubinato, mas a reger os efeitos patrimoniais dele decorrentes.

A pioneira decisão de nosso Estado, assim reconhecida pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro,[\[4\]](#) que estabeleceu a distinção entre concubina e companheira para efeito de afastar a vedação legal do benefício do seguro, é da lavra de meu saudoso pai, Desembargador César Dias Filho, que enfatizou: *Uma pessoa vive com essa concubina, tem sete ou oito filhos com essa mulher, inscreve-a como sua beneficiária, na certeza de que vai deixar de algum modo amparada essa mulher que foi sua companheira. E agora, depois de quase vinte anos em que viveram juntos, vem a mulher e diz que é a esposa legítima. Que legitimidade é esta, se a mais de dez anos se extinguiu a sociedade conjugal? Essa mulher ainda é esposa? É esposa no Registro Civil, é esposa porque tem o nome dela no assento de casamento, mas não é mais nada de esposa.*[\[5\]](#)

A partir desse momento, passou-se a aceitar, ainda que de maneira não-pacificada, o conceito de concubinato como sendo a *união estável e prolongada de homem com mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo pelos laços do casamento, revestindo-se, porém, tal união, necessariamente de algum requisito, como a notoriedade, fidelidade da mulher e continuidade de relacionamento sexual.*[\[6\]](#)

Quando do fim da vida em comum, as questões de caráter patrimonial, em um primeiro momento, foram deslocadas para o campo do Direito do Trabalho. Sempre que se cingia a mulher às atividades domésticas de cuidado do lar e dos filhos em comum, era reconhecido, no máximo, direito à remuneração pelos serviços domésticos prestados. Quando havia a participação efetiva da mulher na formação do patrimônio, por meio de atividade remunerada, a relação concubinária acabava sendo deslocada para o Direito Comercial. Presumia-se a existência de uma *sociedade de fato*, com a só finalidade de formação de patrimônio em forma condominial, suscetível de ser partilhado no fenecer de sua existência. Dita diretriz chegou a ser sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, sob o nº 380.[\[7\]](#)

Assim, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma distinção de

tratamento: *Deve distinguir-se no concubinato a situação da mulher que contribuiu, 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 lugar comum. Na primeira hipótese, a mulher tem o direito de partilhar com o companheiro o patrimônio que ambos formaram; é o que promana dos arts. 1.363 e 1.366 do Código Civil, do art. 673 do Código de Processo Civil de 1939, este ainda vigente no pormenor da força do art. 1.218, VII, do Código de Processo Civil de 1973, e do verbete 380 da súmula desta Corte. Na segunda hipótese, a mulher tem direito de receber do companheiro a retribuição pelo serviço doméstico, a ele prestado, como se fosse parte num contrato de prestação de serviços, contrato esse que, ressabiamente, outro não é senão o bilateral, oneroso e consensual definido nos arts. 1.216 e seguintes do Código Civil, isto é, como se não estivesse ligada, pelo concubinato, ao companheiro.* [\[8\]](#)

Tal distinção, com base unicamente doutrinária e jurisprudencial, além de afastar a incidência das vedações existentes na lei civil, também propiciou a normatização da situação concubinária em diversos regramentos legais. A legislação previdenciária concede à companheira do trabalhador proteção por vezes equiparada à da esposa legítima. Também a Lei dos Registros Públicos, em seu art. 57, § 2º, autoriza a adoção pela concubina do patronímico do companheiro.

A única resistência ainda existente diz com a concessão de alimentos, não se conhecendo qualquer decisão que houvesse contemplado a concubina com tal direito, *apesar das injustiças em que fica a mulher que dedica seus melhores anos na companhia 'more uxorio' de um homem, para depois, sem justo motivo, ser abandonada na rua da amargura, quando não haja patrimônio formado durante a união*, como lembra Mário Aguiar

Moura. [\[10\]](#)

A alegação é de que os estreitos canais legais a cancelarem a obrigação alimentícia não oportunizam o seu reconhecimento para as relações concubinárias. No campo do Direito de Família, a obrigação cinge-se ao *jus sanguinis* e às relações de parentesco. Quanto aos cônjuges, o encargo fulcra-se na permanência dos deveres de mútua assistência. De outro lado, no Direito Obrigacional, os alimentos derivam ou de negócio jurídico ou de ato ilícito, sendo concebido o encargo no Direito das Sucessões somente por disposição testamentária. Por tais fundamentos, não se vem admitindo a imposição alimentícia. *A obrigação alimentar ou pressupõe a existência de relação de parentesco, como está expresso nos arts. 396 e 397 do Código Civil, a valorizar o princípio da solidariedade familiar, ou assenta no dever de mútua assistência entre os cônjuges (v. art. 321, III, do Código Civil e art. 19 da Lei do Divórcio). Daí decorre que entre concubinos não há direito a prestação alimentar. Outra exegese importa equiparar, para tal efeito, o casamento e o concubinato. A legislação previdenciária concede à companheira a devida proteção.* [\[11\]](#)

3. A norma constitucional

Diante da realidade que se impôs, não poderia a nova Constituição, que procurou auscultar todos os segmentos sociais, deixar de prever situação fática de há muito sedimentada, que vinha recebendo foros de juridicidade na doutrina e na jurisprudência, em face das ações que invadiam o Judiciário a clamar por solução.

Ao tratar da Ordem Social, a Carta Constitucional, em seu Capítulo VII, titulado como: Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, no art. 226, nomina a *família* como base da sociedade, merecedora da especial proteção do Estado.

Os dois primeiros parágrafos do referido artigo dizem com o casamento. O § 3º, repetindo a expressão *para efeito da proteção do Estado*, reconhece a *união estável* como *entidade familiar*, também considerando como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Não se pode deixar de concluir que a Constituição restou por dilatar o conceito de família, outorgando sua proteção tanto à sociedade conjugal decorrente do casamento, como às entidades familiares, assim consideradas as uniões estáveis e as comunidades entre qualquer dos pais e seus filhos. *A família é reconhecida como a base da sociedade, recebendo proteção especial do Estado. O conceito de família é alargado no texto constitucional. A família é a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.* [\[12\]](#)

O fato de o constituinte outorgar à lei a obrigação de facilitar a conversão da união estável em casamento não lhe subtrai a qualificação de *família* merecedora da proteção do Estado. Vislumbra-se tão-só a preferência de ser regularizada a situação de fato. No entanto, na linguagem já consolidada por Pontes de Miranda, o que antes era chamado de concubinato tornou-se *suporte fático* suficiente para a sua integração no campo do Direito de Família, subtraído que foi da rama obrigacional em que havia sido acomodado pelos juristas.

Todos que atentaram em tal dispositivo constitucional passaram a afirmar que houve o enquadramento do instituto no Direito de Família, assim Sérgio Gilberto Porto [\[13\]](#) e Sérgio Gischkow Pereira, [\[14\]](#) com o conseqüente deslocamento da competência para o julgamento das ações às varas especializadas.

O reconhecimento da ocorrência desse fenômeno por si só evidencia independência de qualquer regramento infraconstitucional a imediata eficácia da norma constitucional, constante entre as disposições que tratam da família, à qual outorga especial proteção. O exaustivo

material legislativo que disciplina os direitos e deveres das relações de casamento, sua dissolução, as obrigações alimentares, bem como as conseqüências no âmbito do Direito Sucessório, autoriza a imediata aplicação desses institutos às nominadas uniões estáveis, proclamadas pela Carta Magna como entidades familiares.

4. A eficácia da norma

A classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia mereceu a divisão dicotômica de Ruy Barbosa,[\[15\]](#) que as distinguiu em auto-executáveis e não-auto-executáveis, cingindo-se a distinção à sua completude, a dispensar demais elementos para a fruição do direito previsto.

Pinto Ferreira[\[16\]](#) agrega as chamadas normas de eficácia limitada de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta. Já Maria Helena Diniz[\[17\]](#) desdobra a classificação, contrapondo às normas de eficácia absoluta e plenas normas de eficácia relativa, que produzem efeitos imediatos, sendo de caráter restringível, por conter prescrições normativas e conceitos que podem merecer alteração na legislação ordinária. As normas de caráter complementável, por conter princípios institutivos, estão sujeitas à complementação infraconstitucional. Diante de qualquer dessas classificações, possível é afirmar que todas as normas possuem eficácia imediata, ou seja, são aptas à produção de efeito. As normas de eficácia relativa é que podem sofrer restrições ou complementações *a posteriori*.

Todos esses critérios classificatórios, à evidência, partem do próprio enunciado da norma, dos elementos nela contidos. Ao serem identificados termos indeterminados ou sem referencial lógico ou jurídico é que se enquadra o dispositivo em determinado grupo. Mister, assim, a análise da norma para se

poder tê-la ou não como bastante em si e, então, de eficácia plena.

Maria Helena Diniz [\[18\]](#) enquadra a norma sob exame como de eficácia relativa restringível, enquanto Celso Antonio Bandeira de Mello [\[19\]](#) a cita como norma que aponta um fim e não esclarece o meio de obtê-la.

Cabe lembrar a teoria das sentenças determinativas sustentada por Rasselli, que tem origem na aplicação das normas legais. Não dispendo as normas legais de forma autoritativa os seus limites, delegam ao aplicador sua complementação, deferindo-lhe um poder discricionário, por meio de um juízo de equidade. *Nelle sentenze dichiarative il giudice deve applicare una preesistente norma di legge completa in tutti i suoi elementi; in tutte quelle determinative deve invece stabilire quale sia il contenuto di volontà di una norma che non definisce completamente la fattispecie e la conseguenza di essa. Per fare questo, il giudice esercita un potere discrizionale de ispirarsi a quelle stesse valutazioni che di solito sono compiute dal legislatore per formulare le norme del diritto positivo.* [\[20\]](#)

Vê-se, pois, que a eventual falta de completude de um dispositivo legal não pode inibir seu aplicador de lhe suprir eventuais deficiências para a solução da controvérsia cujo regramento se ressentir de todos os seus elementos delimitativos.

O novo texto constitucional, ao deferir especial proteção à família, elencou como tal a união estável entre um homem e uma mulher. Não se pode ter dita expressão como sendo indeterminada, a merecer definições legislferantes outras para ser aplicada. Em se tratando de situação fática, difícil ou impossível é a tarefa de estabelecer requisitos ou prever elementos estanques para sua configuração de forma apriorística.

Lembra Araken de Assis que exatamente da identificação de termos indeterminados se increpa o dispositivo de incompleto ou de não bastante em si. Ora, a objeção não tem cabimento e, tampouco, inibe-lhe a eficácia. Como egregiamente assevera Celso Antonio Bandeira de Mello, 'a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade', e a definição do termo 'in concreto' compete ao órgão jurisdicional, na órbita constitucional ou fora dela, e na indisposição em reconhecê-lo 'comparece uma posição ideológica autoritária, às vezes inconsciente' especialmente no tocante aos direitos sociais.[\[21\]](#)

Sensível a tal ordem de dificuldades é que o colega gaúcho, atuando em Vara de Família da Capital, enfatiza: *...a missão de definir a noção de união estável é dos tribunais, não do legislador. Na investigação do conceito, o julgador deverá valer-se dos seguintes subsídios: elementos indicados pela doutrina pátria, isto é, ostensividade ou notoriedade das relações, comunidade de vida, fidelidade e dependência econômica, que estarão todos reunidos, ou alguns deles; e elementos aportados pelo Direito alienígena, como a existência de contrato informal ou de filhos, ou ainda o decurso de um certo tempo desde o início da união.*[\[22\]](#)

Assim, bem andou o legislador constitucional em limitar-se a deferir proteção a esse tipo de entidade familiar, sem definir-lhe os contornos, tão-só integrando-o no Direito de Família, no qual o julgador encontra, de forma exaustiva, os regramentos que agora passará a aplicar também às uniões que reconhecer como estáveis. Por evidente que antes deve perquirir-se a existência da relação de forma estável. Porém, a necessidade dessa etapa cognitiva prejudicial não pode ensejar a subtração da eficácia do dispositivo constitucional. Não há como chegar ao absurdo e concluir que antes do advento de norma regulamentar todas as conquistas e avanços obtidos restariam revogados pela eficácia negativa da Lei Maior impediendo da aplicação de normas não recepcionadas por ela.

Sendo a união estável decorrência de situação fática, desnecessária lei a impor-lhe amarras para sua tipificação ou enquadramento, sob pena de persistirem – o que não quer a Lei Maior – relações à margem de regramentos.

5. Os alimentos

Restam tão-só breves referências sobre os alimentos, última resistência doutrinária e jurisprudencial quanto às relações extramatrimoniais.

De primeiro, cabe lembrar que, com o advento da Lei do Divórcio, foi consagrada a dissolubilidade do casamento, não mais persistindo o vínculo matrimonial, que permanecia intacto por presunção legal (art. 322 do CC). Tal princípio é que servia de substrato à obrigação alimentar entre os cônjuges após a ocorrência do desquite, em face da permanência do dever de mútua assistência.

Chancelado legalmente o corte do vínculo matrimonial (inciso IV do art. 2º e art. 24 da Lei nº 6.515/77) e pondo o divórcio termo à sociedade conjugal, a obrigação alimentar assentou-se em novas bases.

Impôs a lei o dever de prestar alimentos após o divórcio em três hipóteses. Deve alimentos o cônjuge responsável pela separação (art. 19). Também a obrigação alimentar é de quem teve a iniciativa da ação, quer quando embasada na ruptura da vida em comum há mais de cinco anos, quer quando o fundamento é a existência de doença mental por igual período, sendo ambas as circunstâncias impossibilitantes da permanência da vida em comum (art. 26 combinado com o art. 5º, §§ 1º e 2º).

Deixando, pois, a lei de calcar a obrigação de prestar alimentos no dever de mútua assistência, que não mais persiste pelo rompimento do vínculo matrimonial, o pressuposto do

direito foi deslocado para elemento subjetivo, ou seja, a culpa pelo rompimento do casamento. Tais referências permitem reforçar a dispensa de previsão legal estabelecendo os direitos e deveres dos concubinos para o reconhecimento da existência da obrigação alimentar.

A única limitação que existe é não dispor a pretensão alimentícia decorrente da relação concubinária do procedimento especial deferido pela Lei nº 5.478/68, já que seu art. 2º exige a prova do parentesco ou da obrigação alimentar como condição de procedibilidade da demanda especial. Fulcrando-se o pedido de alimentos em uma relação fática, não poderá a ação dispor do rito sumarizado com a obtenção de alimentos provisórios, a não ser que exista comprovação judicial prévia de sua existência.

Porém, lícita será a perseguição de alimentos provisionais, chancelados pelo estatuto processual em seu art. 852. Em face da proteção da Carta Magna à união estável, nos mesmos parâmetros assegurados à instituição do casamento, nenhuma dificuldade se vislumbra na outorga de alimentos, de forma cautelar ou incidente, enquadrando-se a hipótese no permissivo do inciso III do referido artigo. Nas disposições gerais do processo cautelar, não é exigida comprovação probatória preliminar para a demanda. De outro lado, como pode a medida ser deferida liminarmente, após justificção prévia (art. 804 do CPC), ou ainda depois da resposta do réu e da devida instrução (art. 803 do CPC), nenhum óbice existe a que os alimentos provisionais sejam deferidos após as cautelas recomendadas pela lei.

6. Conclusão

O fato social impôs-se e, depois de juridicizado pela Justiça, fez-se lei pela mão do próprio povo, por meio da Constituição,

elaborada por seus representantes. Guindada a união estável à categoria de entidade familiar, restou equiparada ao casamento, sendo merecedora da mesma proteção estatal outorgada à família. Nada mais se faz necessário para que de forma imediata seja reconhecida e tratada pelas regras do Direito de Família que foram recepcionadas pelo novo ordenamento jurídico com conceito dilato.

O concubinato mereceu a consagração constitucional, sob a denominação de união estável. Evidente que não precisa o Judiciário aguardar lei regulamentadora para definir os requisitos da união estável, como nunca esperou para elaborar a sistemática do concubinato. [\[23\]](#)

Publicado em 28/06/2014.

[\[1\]](#) Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

www.mariaberenice.com.br

[\[2\]](#) MIRANDA. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1, de 1969*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. I. p. 3.

[\[3\]](#) Artigo escrito sob a égide do Código Civil de 1916.

[\[4\]](#) Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vol. 69. p. 290.

[\[5\]](#) Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vol. 24, p. 247.

[\[6\]](#) PINTO FERREIRA, Paulo. *Investigação de Paternidade, Concubinato e Alimentos*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987 p. 113.

[\[7\]](#) Súmula nº 380: 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.

[8] Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 93, p. 440.

[9] MOURA, Mário de Aguiar. *Concubinato*. 5ª ed. São Paulo: Síntese/Aquarius, 1983, p. 239.

[11] Revista dos Tribunais, vol. 595, p. 270.

[12] PINTO FERREIRA, Luiz. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 429.

[13] PORTO, Sérgio Gilberto. Palestra proferida no Curso de Direito de Família, promovido pelo Instituto dos Advogados do Brasil, em 14.10.1989.

[14] PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de Direito de Família na nova Constituição, *Revista AJURIS*, Porto Alegre, 1998, v. 45, p. 146.

[15] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 120.

[16] FERREIRA, Pinto. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 58.

[17] DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e sua Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 97.

[18] DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 102.

[19] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit, p. 240.

[20] Em tradução livre: “Nas sentenças declarativas o juiz deve aplicar uma preexistente norma de lei completa em todos os seus elementos; em vez disso, em todas as (sentenças)

determinativas deve estabelecer qual seja o conteúdo de vontade de uma norma que não define completamente a hipótese fática e a consequência desta. Para fazer isso, o juiz exercita um poder discricionário de inspirar-se naquelas mesmas valorações que habitualmente são feitas pelo legislador para formular as normas do direito positivo.” RASSELLI, Alessandro. *Studi sul Potere Discrizionale del Giudice Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1975. p. 330.

[21] ASSIS, Araken de. *Sobre a eficácia das Normas Constitucionais*. Trabalho ainda não publicado.

[22] GIORDANO, João Batista Arruda. A União Estável, *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 45, p. 256.

[23] PEREIRA, Sérgio Gisckow. ob.loc.cit., p. 152.