

## A UNIÃO ESTÁVEL BRASILEIRA E SUAS RAÍZES ROMANÍSTICAS

AGERSON TABOSA PINTO  
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA

### 1. INTRODUÇÃO

Ao longo do século XX, no Brasil mais do que em muitos países do Ocidente, a família sofreu profundas mudanças. Da família clássica romana, muito foi o que a família brasileira perdeu. De suas características básicas, apenas a monogamia permaneceu intocável. A família nuclear de hoje, baseada na consangüinidade, distanciou-se muito da família romana extensa, quando a chefia do *paterfamilias* se estendia por dezenas e centenas de pessoas, a ele vinculadas, ora pela *cognatio*, parentesco com base no sangue, ora pela *agnatio*, apoiada na autoridade do pai. Sua exclusividade também já não mais existe, pois cada pessoa continua, hoje, vinculada a duas famílias: à do pai e à família da mãe. Entre os romanos, a descendência era exclusivamente pela linha masculina. A mulher, por exemplo, ao constituir família, ou passava para a família do marido, sujeitando-se ao seu poder (casamento *cum manu*), ou permanecia na família do *pater*, se era ainda *alieni juris* (casamento *sine manu*). Com a modernização ou desenvolvimento, surge a diversificação dos papéis, de toda natureza, inclusive dos papéis econômicos, perdendo a família sua autonomia, como unidade produtora de bens e serviços indispensáveis à sua existência.

Neste trabalho, vamos estudar uma das maiores inovações do nosso direito de família, introduzida pela constituição de 1988 e regulamentada, por último, pelo Código Civil de 2002. Trata-se da união estável. Será ela uma instituição inteiramente nova ou terá precedentes a serem investigados? Eis a tarefa desta comunicação.

Começamos apontando os principais diplomas legais que formalizaram a união estável, passando, em seguida, a apreciar a evolução por que passou o conceito do instituto. Após apontarmos suas principais características, investigaremos sua origem romana, concluindo que, também aqui, *nihil novi sub sole*.

A união estável é um expediente simples, a competir com um mais formal, que é o casamento, destinado a constituir uma entidade, que, antes de ser jurídica, religiosa, econômica ou política, era puramente natural ou social, que é a família.

## 2. HISTÓRICO

No Brasil, a história da união estável, como instituição jurídica, tem apenas, 15 anos, embora como instituição social, seja multissecular. Nasceu com a constituição de 1988<sup>1</sup>. Começou a ser regulamentada por uma lei de 1994<sup>2</sup> e outra de 1996, para, por fim, ocupar o seu espaço no Código Civil de 2002<sup>3</sup>. Examinemos, de per si, cada um desses diplomas legais.

### 2.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A inovação trazida pela constituição de 1988 representou um grande avanço. Há quem diga que foi a maior alteração em direito de família<sup>4</sup>. Até 1977, só existia no Brasil, sob proteção do Estado, um tipo de família, a família legítima, constituída pelo casamento civil, indissolúvel<sup>5</sup>. Somente em 1977 é que o divórcio veio, introduzido pela Emenda Constitucional no. 09, regulamentada por lei, ainda do mesmo ano<sup>6</sup>. Agora, a Constituição passou a reconhecer, também como família legítima, a união estável, mesmo sem casamento: “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”<sup>7</sup>. Os constituintes acharam por bem definir logo o caráter heterossexual da entidade familiar gerada pela união estável. Esta tem de ser “entre homem e mulher”, como ocorre na família constituída pelo casamento<sup>8</sup>. Tudo o mais (requisitos, impedimentos e efeitos), eles deixaram ao legislador ordinário. A conversão de união estável em casamento, prevista no final do dispositivo, a qual devia

<sup>1</sup> Brasil, *Constituição Federal*, de 5 de outubro de 1988.

<sup>2</sup> Brasil, *Lei no. 8971*, de 29.12.1994; e *Lei no. 9278*, de 10.05.1996.

<sup>3</sup> Brasil, *Código Civil*, Lei no. 10.406, de 10.01.2002, que entrou em vigor a 12 de janeiro de 2003.

<sup>4</sup> Assim pensa José de Castro Bigi, *A Família, os Adolescentes e os Índios*, in Martins, Ives Gandra da Silva et alii (coords.) *A constituição Brasileira – 1988 – Interpretada*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988, p. 431.

<sup>5</sup> Brasil, *Código Civil de 1916*, arts. 315-328; *Constituição Federal* de 17.10.1969.

<sup>6</sup> Brasil, *Emenda Constitucional no. 09*, de 28.06.1977, art. 175, § 1º; Lei no. 6.515, de 26.12.1977.

<sup>7</sup> *Constituição de 1977*, art. 226, § 3º. “Desse texto se entende que o legislador constituinte evitou o dogma da legitimidade da família constituída pelo casamento. Afastando-se disso, ao declarar, no *caput*, a especial proteção do Estado, adiantou, no § 3º, que fica *reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar*, ou seja, admitiu a família gerada pelo concubinato, sem o estigma da ilegitimidade, agora ignorada. Até mesmo o agrupamento em torno de qualquer dos pais, indiferentemente ao matrimônio que tenha havido ou não, passa a ser considerado, em pé de igualdade, família (CF, art. 226, § 4º). Não se há de indagar se legítima ou ilegítima. Relembre-se que o fato do concubinato, inicialmente repreensível, e até sob certos pontos, punível, passou a ser tratado com crescente tolerância na ordem jurídica brasileira. Leis como as previdenciárias, acidentárias, trabalhistas, e a abertura jurisprudencial, ao longo do tempo, e em face da realidade social, vêm estendendo a proteção aos concubinos. Daí a inteligente *teoria da sociedade de fato*, deslocando para a órbita dos Direitos das Obrigações, a tutela de interesses econômicos concretos, antes expostos à indiferença estatal. TAVARES, José de Farias – *O Código Civil e a Nova Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, pp. 46-47.

<sup>8</sup> Assim, por enquanto, a união estável de homossexuais não constituirá entidade familiar como a reconhecida por nossa Lei Maior.

ser facilitado por lei, a nós nos pareceu dispensável. Teria sido uma maneira de o legislador constituinte revelar sua preferência pela família com base no casamento, de tradição multissecular<sup>9</sup>. Doravante, caberá aos dois – marido e mulher – e somente a eles, decidir se formarão uma família por casamento ou por união estável.

## 2.2. LEIS REGULAMENTADORAS DA UNIÃO ESTÁVEL

### 2.2.1. Lei no. 8.971, de 29.12.1994.

Esta lei, que resultou do Projeto de Lei no. 37/92, do Senado Federal, proposto pelo Senador Nelson Carneiro, pretendeu regulamentar a união estável só no que diz respeito ao direito a alimentos e à sucessão, sem maior importância para o nosso trabalho. Mesmo assim, por suas luzes, união estável é considerada, segundo o professor ÁLVARO VILLAÇA, “a convivência, por mais de cinco anos ou até a existência de filho comum, entre homem e mulher, não impedidos de casarem-se, ou separados judicialmente, mantendo uma única família”<sup>10</sup>.

### 2.2.2. Lei no. 9.278, de 10.05.1996.

Este diploma legal originou-se do Projeto de Lei no. 1.888, da Câmara dos Deputados, proposto pela Deputada Beth Azize, em 1991. Aprovado pela Câmara, o projeto original sofreu modificações no Senado, pelo que teve que retornar à casa de origem, somente tendo sido votado e sancionado em 1996. Essa lei já formula o conceito de união estável, quando diz: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”<sup>11</sup>.

## 2.3. CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil novo teve que recepcionar a união estável, como constava da Constituição de 1988, quase repetindo, no art. 1.723, *caput*, os termos da definição da lei de 1996, já referida. Estabeleceu os impedimentos da união estável (art. 1.723, §§ 1º e 2º), apontou os deveres dos companheiros (art. 1.724), e definiu como regime de bens do casal, o da comunhão parcial (art. 1.725), que é o mesmo do regime legal do casamento, regulado pelos artigos 1.658 a

<sup>9</sup> Ao constituinte brasileiro, faltou-lhe a coragem do constituinte boliviano, quando tratou, em sua Carta Magna, da união estável: “*las reuniones libres o concubinalias que sean estables y singulares, producirón efectos similares al matrimonio tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes cuanto a respecto a los hijos*”. Constituição da Bolívia de 1961, art. 182, *apud*, Bigi, José de Castro, op. cit.. O legislador brasileiro, comenta BIGI, “parece quase arrependido de ter colocado no texto constitucional aquilo que, para alguns, é avanço, para outros, seria uma perigosa norma... a incentivar o concubinato, em detrimento da família legítima”. *Idem, ibidem*, p. 430.

<sup>10</sup> Azevedo, Álvaro Villaça de, *Estatuto da Família de Fato*, São Paulo, Jurídica Brasileira, 2001, p. 359.

<sup>11</sup> Lei no. 9.278, art. 1º.

1.666. Seguindo a constituição, o Código ainda prevê a conversão da união estável em casamento, como opção aos companheiros (art. 1.726) e distingue união estável de concubinato (art. 1.727). Este é constituído de “relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar”<sup>12</sup>.

### 3. EVOLUÇÃO CONCEITUAL

#### 3.1. UNIÃO ESTÁVEL

Entidade Familiar. Cabe ao Estado, entre outros, o dever de proteção à família<sup>13</sup>. Mas, que família? A família legítima, constituída conforme a lei? Sim, mas não só. Se assim fosse, as famílias brasileiras, em sua maior parte, perderiam essa proteção, pois existem fora, ou à margem da lei. Por isso, a partir de agora, a família de fato passou também a ser merecedora dessa proteção. É que, nessa família, há também pai, mãe e filhos, de carne e osso, com inteligência e vontade, que, como criaturas humanas e cidadãos, também precisam da proteção estatal. Segundo EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, “já nos idos de 1923, proclamava, vanguardicamente, Virgílio de Sá Pereira que a família não é criada pelo homem, mas pela natureza, porque o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera, dado que, sendo um fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento, que é um fenômeno legal. Por isso, quando um homem e uma mulher se unem sob o mesmo teto, com o fruto de seu amor, aí se instala a família. Com mais reflexões sobre o tema, indaga o autor: passou por lá o juiz, com sua lei, ou o padre com seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. Conclui seu pensamento: sendo a família um fato natural, e o casamento, uma convenção social, este é muito estreito para conter aquele, produzindo-se então, o fato fora da convenção. Embora o homem queira obedecer ao legislador, vê-se impelido a não desobedecer a natureza, constituindo sua família, se possível, nos moldes legais, e, se necessário, fora deles”<sup>14</sup>. Além da família legítima e da união estável ou família natural, a Constituição passou a proteger formalmente também a família monoparental, assim chamada aquela constituída “por qualquer dos pais e seus descendentes”<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Código Civil, art. 1.727. A Espanha, por exemplo, ainda se mantém na posição em que antes estivera o Brasil. “*El hecho de haber sido el modelo de matrimonio romano-cristiano postclásico, es decir, el del matrimonio como contrato, el heredado en nuestra tradición jurídica, tiene su reflejo en la legislación social vigente (el título IV del libro I del Código Civil), y en la doctrina del Tribunal Constitucional que nega, tal como se manifiesta en la sentencia de 15 de noviembre de 1990, la posibilidad de que las uniones de hecho se equiparen al matrimonio*”. Garcia, César Gascón, *Manual de Derecho Romano*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 168.

<sup>13</sup> Constituição Federal, art. 126, *caput*; “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

<sup>14</sup> Oliveira, Euclides Benedito de. A Constituição Federal e as Inovações no Direito de Família”, in Coltro, Antônio Carlos Mathias (org.). O Direito de Família após a Constituição de 1988, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2000, p. 27-28.

<sup>15</sup> Constituição Federal, art. 226, § 4<sup>o</sup>



Assim, neste primeiro estágio, união estável significou, em resumo, a entidade familiar ou sociedade de fato, constituída do homem e da mulher, com certa estabilidade <sup>16</sup>.

### 3.2. UNIÃO ESTÁVEL = CONVIVÊNCIA DURADOURA, PÚBLICA E CONTÍNUA

As duas leis, posteriores à Constituição de 1988, e anteriores ao Código Civil, uma de 1994 e outra de 1996, ambas já referidas, tentaram modelar o conceito de união estável. A primeira, como vimos, nada acrescentou ao que dita a Constituição. Pelo contrário, introduziu variáveis temporais, que, consideradas inconstitucionais, logo foram desprezadas<sup>17</sup>. Já a Lei de 1996, fruto de muitos estudos e debates, de que participaram não só parlamentares, mas também professores e magistrados, é mais clara, explícita e precisa, quando diz: “É reconhecida como entidade familiar, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição da família”<sup>18</sup>.

### 3.3. UNIÃO ESTÁVEL = ENTIDADE FAMILIAR CONFIGURADA NA CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA

O novo Código Civil, de 2002, apenas retocou a redação constante da Lei de 1996, do que se concebe como união estável: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”<sup>19</sup>. A redação desse dispositivo resultou de reformulação proposta pelo Relator, Deputado Ricardo Fiúza, quando o Projeto retornou à Câmara dos Deputados<sup>20</sup>. Do próprio dispositivo em análise, exsurtem as características de maior realce, como a naturalidade, a heterossexualidade, a notoriedade, a continuidade e a durabilidade. Passemos agora, a examinar cada uma delas.

#### 3.3.1 Naturalidade

A entidade familiar, nascida da união estável é um fato, um fato social, é uma realidade, um fenômeno da natureza social. Já tem, contudo, certa complexidade, pois compreende aspectos físicos, biológicos, psicológicos e sociais, mas não necessariamente, jurídicos. O que não impede que a este fato venha juntar-se o jurídico. *Ex factis óritur jus*. EHRLICH explicaria: Do fato – família natural – nasce o direito de família, ou a família legal ou legítima<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Vide no histórico *retro*, as referências feitas.

<sup>17</sup> Lei no. 8.971, de 29.12.1994, art. 1º

<sup>18</sup> Lei no. 9.278, de 10.05.1996, art. 1º

<sup>19</sup> Código Civil, art. 1.723, *caput*.

<sup>20</sup> Vide as referências relativas à tramitação do Projeto em Silva, Regina Beatriz Tavares da, in Fiúza, Ricardo (coord.), *Novo Código Civil Comentado*, Saraiva, 2002, p. 1.532.

<sup>21</sup> Ehrlich, Eugen – *Fundamentos da Sociologia do Direito (Gundlegung der Sociologie des Rechts)*, Brasília, UnB, 1967, pp. 69-97.

### 3.3.2 Heterossexualidade

Os textos legais reguladores da instituição, todos eles referem-se expressamente à união entre o homem e a mulher, para excluir dessa união, aquela que possa existir, de homossexuais, ou seja, de homem com homem, ou de mulher com mulher<sup>22</sup>.

### 3.3.3 Notoriedade

A vida em comum dos companheiros, vivendo na união estável *modo uxorio*, isto é, como marido e mulher, torna-se, facilmente, do conhecimento público, da comunidade, do grupo maior em que vivem. Embora não tenha havido celebração nem presença de testemunhos idôneos, o fato é notório e presenciado pela própria comunidade, feita dos vizinhos, dos parentes, dos companheiros de trabalho, de igreja, de clube, etc.

### 3.3.4 Continuidade

Para que a união seja estável é preciso o relacionamento contínuo dos companheiros. A continuidade, porém, não requer permanência nem coabitação. A Súmula 382, do Supremo Tribunal Federal já admite a união estável e o concubinato, sem coabitação: “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.<sup>23</sup>

### 3.3.5 Durabilidade

A união estável é chamada também de união livre para realçar a liberdade dos companheiros, do homem e da mulher, de se juntarem para viver em família, como casados. Quando a convivência se inicia, como tal, a decisão já foi tomada, já começou o relacionamento familiar. Como não foi celebrado contrato solene, a convivência deve durar algum tempo para que o fato novo, a nova entidade familiar seja notada e reconhecida. A fixação, porém, de prazo para que a união estável se perfectibilize, parece, segundo alguns autores, mais prejudicial do que vantajosa, daí porque o legislador tem preferido a indefinição.

## 4. RAÍZES ROMANÍSTICAS

Vamos, agora, ao Direito Romano, ou, mais diretamente, à família romana, tentar descobrir nela raízes de cada uma dessas características da união estável, que acabamos de estudar.

<sup>22</sup> Na época, informa Bigi, corriam “duas ações a respeito de disputa de herança, uma no Rio de Janeiro, famosa, parece que de um membro da família Guinle, em relação a seu acervo da pinacoteca, que estava sendo disputado pelo seu companheiro. E outra, em São Paulo, com relação a dois arquitetos. Na do Rio, a disputa está se fazendo entre o companheiro e a mãe. Em São Paulo, entre os filhos do arquiteto morto e o seu companheiro de estúdio e da casa”. Bigi, José de Castro, *ibidem*, p. 431.

<sup>23</sup> Supremo Tribunal Federal – *Súmula 382*.

#### 4.1. A FAMÍLIA E O CASAMENTO ERAM RES FACTI

Os romanistas, em sua maioria, dizem que a família era um fato mais social do que jurídico. Entre os brasileiros, MOREIRA ALVES em seu manual, além do estudo das famílias, *proprio* e *communi jure*, dedica um capítulo à chamada família natural, “agrupamento constituído apenas dos cônjuges e dos seus filhos, independentemente do marido e pai ser, ou não, *paterfamilias* da mulher e dos descendentes imediatos”<sup>24</sup>. Entre os estrangeiros, ARMANDO TORRENT abre o capítulo sobre família do seu livro-texto, dizendo: “La familia romana no es una institución rigurosamente jurídica, sino fundamentalmente social...” e usa também a expressão “familia domestica o natural” para designar aquela do direito justinianeu “que tiene por finalidad el orden ético en las relaciones de los dos sexos, la procreación y la educación de los hijos”<sup>25</sup>. Prova eloqüente da existência da família natural, realidade fática, com pouca roupagem jurídica, era a aquisição pelo marido da *manus* sobre a esposa, pelo expediente chamado *usus*, ou seja, a união ininterrupta do homem e da mulher, já na condição de casados. Apenas o fato da convivência, despida de normas legais, era capaz de exercer “la contrainte exterieure”, como dizia DURKHEIM, forçando o seu reconhecimento, dando-lhe o caráter de fato social<sup>26</sup>. Os autores costumam estabelecer a seguinte proporção: o *usus* está para o *manus*, assim como a *possessio* para a *proprietas*. Assim, não só pela *coemptio*, mas também pelo *usus*, chega o marido a apoderar-se da esposa, como pela *possessio* continuada, que é fato e gera a *usucapio*, se pode adquirir o direito de propriedade<sup>27</sup>.

Também o casamento como ato inicial gerador da família, segundo a grande maioria dos autores, era fato e não contrato. Se contrato fosse, precisaria de forma, de cerimônia, de celebração<sup>28</sup>. Como representante dessa maioria, diz

<sup>24</sup> Moreira Alves, José Carlos – *Direito Romano*, II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 291 e pp. 331-378. Bonfante, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, I, *Diritto di Famiglia*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 253. Diz Volterra que “in diritto romano esiste un principio juridico assolutamente inconcepibile in diritto moderno, cioè que l’unione fra un uomo e una donna liberi, fra i quali esista conubium, si presume essere matrimonio” (D., 23,2,24: “in liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum facerit”). È pertanto evidente l’inesistenza di forme specifiche attraverso le quali deve manifestarsi la volontà dei coniugi”. Volterra, Edoardo, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, Sapienza, Editrice, 1980, pp. 649-650. Hoje, a forma específica ou jurídica de constituir família, que é o casamento, está cedendo lugar a um modo informal (se é possível dizer), que é a união estável. A escolha cabe ao casal.

<sup>25</sup> Torrent, Armando – *Manual de Derecho Privado Romano*, Saragoza, Libreria General, 1987, pp. 509 e 516. Conforme Di Pietro, “para los romanos, el matrimonio non es una relacion jurídica, sino mas bien un factum, una situación de hecho (res facti), aunque capaz de producir consecuencias jurídicas”. Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 311. Arangio-Ruiz, Vincenzo – *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1991, p. 436.

<sup>26</sup> Durkheim, Émile – *As Regras do Método Sociológico (Les Règles de la Méthode Sociologique)*, 6ª ed., São Paulo, Nacional, 1971, pp. 01-11.

<sup>27</sup> Moreira Alves, José Carlos – *ibidem*, p. 324. Kaser, Max – *Derecho Romano Privado (Das Römische Privatrecht Ein Studienbuch)*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1982, p. 256.

<sup>28</sup> As solenidades ocorridas na *confarreatio* e na *coemptio*, referiam-se não ao matrimônio, mas a outra instituição que era a *conventio in manum mariti*. Di Pietro, Alfredo, op. cit., p. 302.

MOREIRA ALVES que o matrimônio em Roma, era uma situação de fato que se iniciava, sem quaisquer formalidades, com o simples acordo de vontades do homem e da mulher, e que perdurava apenas enquanto persistia a intenção dos cônjuges em permanecerem casados, dissolvendo-se de imediato, no momento em que um deles (ou ambos) deixasse de tê-la<sup>29</sup>. Toda instituição pressupõe a existência de normas. Assim, tanto a família, quanto o casamento, têm suas normas. Sim, mas elas são mais sociais que jurídicas<sup>30</sup>.

#### 4.2 CASAMENTO *HETEROSSEXUAL* – *CONJUNCTIO MARIS ET FEMINAE*

O casamento romano só podia ser celebrado entre pessoas de sexos diferentes, entre homem e mulher. MODESTINO, ao usar a expressão *conjunctio maris et feminae*, como primeiro termo de sua definição, quis enfatizar, logo em primeiro lugar, o aspecto biológico da união<sup>31</sup>. A outra definição de casamento, constante das Institutas e atribuída a ULPIANO, amenizou a linguagem, substituindo *maris et feminae*, respectivamente, por *vir et mulieris*, mas mantém o realce à qualidade dos sexos<sup>32</sup>. Como uma das principais funções da família é a procriação, tal não poderia ocorrer, se o casamento unisse pessoas do mesmo sexo<sup>33</sup>.

#### 4.3 *AFFECTIO MARITALIS*

Em Roma, o que dava continuidade à família legítima, constituída pelas *justae nuptiae*, era o afeto, a afeição, o amor recíproco, a traduzir e confirmar

<sup>29</sup> Moreira Alves, José Carlos – op. cit., p. 337. Kaser, Max, *ibidem*, p. 257. Diz Margadant que essas uniões antigas, *justae nuptiae* e concubinato “fueron ‘vividas’, no celebradas de forma jurídica, y tenían pocas consecuencias jurídicas”. Margadant S., Guillermo F., *El Derecho Privado Romano*, 19ª ed., Naucalpan, Mexico, Editorial Esfinge, 1993, p. 207. “ En Derecho clásico, el matrimonio se concluye mediante acuerdo no formal. No se exige por la ley, fórmula o acto simbólico alguno, ni colaboración de un sacerdote o magistrado, ni siquiera, la inscripción en un registro oficial...”. Schulz, Fritz – *Derecho Clásico Romano (Classical Roman Law)*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 106.

<sup>30</sup> Observa Resina Sola que “a lo largo de la historia de la familia en Roma asistimos a momentos en que la costumbre es la reguladora de la mayor parte de la situaciones, antes de ser contempladas de forma concreta por normas o *leges* específicas”. Resina Sola, P. – “El Estudio del Derecho de Familia através de la Doctrina Romanística Espanola”, (1940-2000), in Ramon Lopez-Rosa y Felipe del Pino-Toscano (eds.) – *El Derecho de Familia y Los Derechos Reales en La Romanística Espanola*, (1940-2000), Huelva, Universidad de Huelva, 2001. Conclui Di Pietro, “esa falta de regulamentación legislativa, salvo en algunos aspectos particulares en la época de Augusto y posteriormente en el Derecho romano posclásico cristianizado, tal como se ve finalmente en la legislación justiniana, será una nota primordial del matrimonio en Roma”. Di Pietro, Alfredo, *ibidem*, p. 311.

<sup>31</sup> A definição completa é: *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*. Digesto, 23,2,1, Modestino.

<sup>32</sup> *Nuptiae, autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens*. Institutas, 1, 9, 1.

<sup>33</sup> Fala-se muito hoje em casamento de homossexuais, buscando-se também para eles, a proteção do Estado. Ao que nos parece, porém, esse expediente, onde aceito e oficializado, não devia chamar-se casamento, pois este é o *nomen juris* com que se designa o instituto, destinado, como vimos, a constituir a família.



a intenção, a vontade, o consentimento que os dois manifestaram de se unirem como marido e mulher. No caso, é o afeto que alimenta a intenção, que se efetiva na decisão de convivência. Quando os autores realçam a importância da *affectio maritalis* para a manutenção da família é porque reconhecem que, sem afeto, a convivência não pode perdurar. Mas, o que é mesmo a *affectio maritalis*? É o elemento intencional subjetivo, íntimo, pessoal, do relacionamento dos cônjuges<sup>34</sup>. É o olhar, são os gestos, são as palavras com que eles costumam identificar-se. É o modo particular de se relacionarem *intra muros* do ambiente doméstico, como marido e mulher. Quando IGLESIAS define concubinato como “la unión estable de hombre y mujer sin *affectio maritalis*”<sup>35</sup>, mostra que os concubinos porque não têm esse afeto, próprio dos cônjuges, não querem casar-se, nem identificar-se como casados<sup>36</sup>.

#### 4.4 *Honor Matrimonii*

Se a *affectio maritalis* representa, como vimos, o elemento subjetivo, que revela e atualiza a vontade dos cônjuges de se manterem unidos em família, a *honor matrimonii* significa, fugindo da tradução literal, a responsabilidade do matrimônio, ou seja, o comportamento dos cônjuges, o elemento material, objetivo, social, exterior, a ser observado, *extra muros*, pela comunidade. É a objetividade da família romana como fato social – sua notoriedade ou publicidade – que deve também ser observada como característica da união estável dos nossos dias. Segundo IGLESIAS, existe *honor matrimonii* entre “los conyuges, siempre y cuando uno y outro se guarden la consideración y respecto devidos”<sup>37</sup>. Uma vez casados, marido e mulher devem satisfação à sociedade do seu novo estado civil, a alterar o seu *status* social. Na união estável, como na *conventio in manum* por *usus*, não havia necessidade de testemunhas. O próprio tempo, pela notoriedade da convivência, testemunha o surgimento da nova família. Por sua vez, os deveres estabelecidos por lei para os companhei-

<sup>34</sup> “En el matrimonio clasico se distinguen dos elementos: uno material, la convivencia; outro intencional, la voluntad permanente de realizar vida convivencia y comportarse como marido y mujer, *affectio maritalis*”. Martinez, Jesus Daza, y Ennes, Luis Rodrigues, Instituciones de Derecho Privado Romano, 2ª ed., 1995, p. 395. Arangio-Ruiz, Vincenzo, *op. cit.*, p. 437. García, César Rascón, *ibidem*, p. 167. Bonfante, Pietro, *op. cit.*, p. 356.

<sup>35</sup> Iglesias, Juan – Derecho Romano, Barcelona, Ariel, 1953, p. 228.

<sup>36</sup> O concubinato de Roma era diferente do concubinato de hoje. Em Roma, só podia unir-se em concubinato quem tivesse os requisitos para casar-se. Assim, o concubinato de um homem casado era inadmissível. Haveria adultério ou quebra do princípio sagrado da monogamia. Hoje, segundo a lei civil brasileira, “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. *Código Civil de 2002*, art. 1.727.

<sup>37</sup> Iglesias, Juan, *ibidem*, p. 213. Para Kaser, a mulher, com a *honor matrimonii*, recebia o reconhecimento de sua posição social. Kaser, Max. *Op. cit.*, p. 265.

ros unidos por união estável – lealdade, respeito e assistência<sup>38</sup> – são os mesmos previstos para os que vivem em família constituída pelo casamento<sup>39</sup>.

#### 4.5 *CONSORTIUM OMNIS VITAE*

Na família romana, a durabilidade do vínculo matrimonial parecia ser a regra, embora tenha existido o *divortium*. Se a união conjugal dependia do consentimento dos cônjuges, expresso pela *affectio maritalis* e pela *honor matrimonii*, faltando o consentimento, desfazia-se o vínculo matrimonial, e, com ele, a própria família. O mesmo ocorre com a união estável no Brasil, onde, com o advento da lei do divórcio (1977), até a própria família legítima, constituída pelo casamento pode ser desfeita. A idéia da perpetuidade está expressa na locução “*consortium omnis vitae*”, da definição de MODESTINO já citada, geralmente traduzida por consórcio ou sorte em comum por toda a vida<sup>40</sup>. A lei brasileira não estabeleceu prazo de convivência para a união estável ser reconhecida como entidade familiar. Em Roma, o prazo de um ano de convivência na *conventio in manum* por *usus*, era para a mulher, através da *manus*, sujeitar-se ao marido, e sair da *patria potestas*, mas não para perfectibilizar ou completar a celebração do matrimônio. Os dois, ao decidirem conviver como marido e mulher, já adquiriam o *status* de casados<sup>41</sup>.

### 5. CONCLUSÕES

5.1. As mudanças sociais, ao longo do século XX, ocorreram com tanta velocidade e extensão que até instituições de direito de família, direito, em geral, mais refratário às mudanças, não ficou imune.

<sup>38</sup> Código Civil Brasileiro, art. 1724: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. O dever de lealdade corresponde ao de fidelidade, e, segundo a professora Regina Beatriz, objetiva “vedar a manutenção de relações que tenham em vista a satisfação do instinto sexual fora da união estável. Bem procedeu o legislador ao estabelecer expressamente esse dever, já que a família, em nossa sociedade é monogâmica”. Silva, Regina Beatriz Tavares da – *Novo Código Civil Comentado*, op. cit., pp. 1536-1537

<sup>39</sup> Código Civil Brasileiro, art. 1566. “São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum no domicílio conjugal; III: mútua assistência;; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos.”

<sup>40</sup> Com razão, observa Di Pietro: “Al decir que este *consortium* o *societas* o *conjugium*... es por toda la vida, se está significando que el proposito inicial es la duración vitalicia de la union matrimonial. Ciertamente que los romanos admitieron la idea del divorcio... no como lo pensado *ab initio*, sino mas bien como una eventualidad accidental. A lo que apuntan los romanos es a no admitir las *nuptiae* como una simple unión *ad tempus*, o revocable por una imaginada cláusula resolutoria” Di Pietro, Alfredo, *ibidem*, p. 311. Talamanca parece discordar do professor argentino, ao traduzir a expressão em tela por “società di tutti (gli aspetti) della vita”, sem a conotação temporal. Talamanca, Mário – *Istituzioni di Diritto Romano*, I, Milano, Giuffrè, 1989, p. 131.

<sup>41</sup> Sobre o regime de *usus* no campo matrimonial, vide Tapia, Gelasio Cermeño, *Manus y Matrimonio*, Mérida, Venezuela, Colegio de Abogados, 1987, pp. 60-66.

5.2. No Brasil, até o começo do século, quando surgiu o 1º Código Civil (1916), somente existia, sob a proteção do Estado, a família legítima, assim considerada aquela instituída pelo casamento, com vínculo indissolúvel.

5.3. Retirando do seu texto a expressão – vínculo indissolúvel – definidora do casamento, a Constituição de 1969 facilitou a votação da Lei do Divórcio (1977), para cuja aprovação bastaria, doravante, a maioria simples.

5.4. Mas, o grande marco revolucionário do Direito de Família foi a Constituição de 1988, pela qual o Estado passou a proteger a verdadeira família brasileira, a família existente, que não é só a família legítima, mas também a família de fato, oriunda da união estável, e a família monoparental.

5.5. Por último, o Código Civil de 2002 fixou as regras básicas da união estável, considerada por muitos a maior inovação do direito de família nacional. Sua existência pressupõe a dualidade sexual dos companheiros, seu consentimento, a durabilidade do relacionamento, o respeito mútuo, o reconhecimento público, características todas elas, encontradas no casamento dos romanos.

5.6. Em matéria de matrimônio, o que foi recepcionado do Direito Romano, nas idades média e moderna, foi o matrimônio do período pós-clássico, dos imperadores cristãos, sob a influência da Igreja, de natureza jurídica contratual, solene, formal, indissolúvel, oneroso, embora a lei diga que sua celebração é gratuita.

5.7. O que se observou, durante o século, independentemente de valoração, foi a redução da influência da Igreja Católica, e a crescente secularização das relações de família, a ponto de, no Brasil, existirem, hoje, mais famílias de fato que famílias de direito.

5.8. O reconhecimento da união estável como entidade familiar representou uma volta ao matrimônio clássico de Roma, mais social do que jurídico, mais simples, sem solenidade nem registro oficial. O que não deixa de significar, para o Direito, uma evolução, pois, à proporção que ele avança, torna-se menos formal, perde em complexidade e ganha em simplicidade.

