UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Camyla Galeão de Azevedo

O CONTROLE DE MULHERES PELA IMPOSIÇÃO DA MONOGAMIA: uma análise dos julgados prolatados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça após a promulgação da Constituição Federal de 1988

Belo Horizonte
2025

Camyla Galeão de Azevedo

O CONTROLE DE MULHERES PELA IMPOSIÇÃO DA MONOGAMIA: uma análise dos julgados prolatados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça após a promulgação da Constituição Federal de 1988

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adamo Dias Alves.

Belo Horizonte
2025

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

Azevedo, Camyla Galeão de
A994c O controle de mulheres pela imposição da monogamia [manuscrito]: uma análise dos julgados prolatados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça após a promulgação da Constituição Federal de 1988 / Camyla Galeão de Azevedo. - 2025.

Orientador: Adamo Dias Alves.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito - Teses. 2. Mulheres - Teses. 3. Relações monogâmicas - Teses. 4. Igreja - Teses. I. Alves, Adamo Dias. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 396

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DE TESE DA ALUNA

CAMYLA GALEÃO DE AZEVEDO

Realizou-se, no dia 20 de janeiro de 2025, às 14:00 horas, no Auditório Francisco Luiz da Silva Campos, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *O CONTROLE DE MULHERES PELA IMPOSIÇÃO DA MONOGAMIA: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS PROLATADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*, apresentada por CAMYLA GALEÃO DE AZEVEDO, número de registro 2021654430, graduada e mestre em DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Adamo Dias Alves - Orientador (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Francisco de Castilho Prates (UFMG), Prof(a). Pedro Augusto Gravata Nicoli (UFMG), Prof(a). Natália Mascarenhas Simões Bentes (Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)), Prof(a). Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro (Universidade Federal do Pará).

A Comissão considerou a tese:

(X) Aprovada, tendo obtido a nota 100 (cem)

( ) Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 20 de janeiro de 2025.

Adamo Dias Alves

Prof(a). Adamo Dias Alves (Doutor) Nota: 100,0 (cem pontos)

Prof(a). Francisco de Castilho Prates (Doutor) Nota: 100 (CEM PONTOS)

Prof(a). Pedro Augusto Gravata Nicoli (Doutor) Nota: 100 (cem)

Natália M. Simões Bentes

Prof(a). Natália Mascarenhas Simões Bentes (Doutora) Nota: 100,00 (cem pontos)

Loiane Verbicaro

Prof(a). Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro (Doutora) Nota: 100,00 (CEM)

A todas as mulheres que se sentem aprisionadas e injustiçadas por desafiarem a ordem moral masculina.

AGRADECIMENTOS

Foram quase 4 (quatro) anos de doutorado. No início dessa longa jornada, me deparei com a pandemia do COVID-19, que nos provocou, em todos os sentidos, diversas perdas. Mesmo com tantos privilégios que carrego, não foi fácil chegar até aqui. Por isso, gostaria de agradecer a todos e todas que estiveram ao meu lado durante essa trajetória.

Agradeço, em primeiro lugar, à Deus, por me possibilitar viver esse sonho e por estar sempre ao meu lado, mesmo nos momentos mais complicados.

Agradeço à minha família. À minha mãe, Dayse Galeão, que sempre foi meu exemplo de empoderamento e luta. Ao meu pai, Edinaldo Azevedo, meu companheiro para todas as horas, por sempre acreditar no meu potencial. Essa conquista é de vocês.

Ao meu irmão, Thiago Galeão, por ser minha inspiração diária. Obrigada por me incentivar e, principalmente, por me acalmar nos momentos necessários.

Ao meu noivo, Silvio Oliveira, por nunca largar a minha mão, mesmos nos momentos mais difíceis. Obrigada por todo amor, compreensão e parceria. Essa conquista também é sua.

À minha avó querida, Doralice Galvão, por se fazer tão presente na minha vida mesmo diante de tantos obstáculos físicos. Obrigada por ser meu exemplo de mulher e ser humano.

Ao meu cunhado, Rodrigo Jorge, por todo carinho e escuta ao longo desses anos.

À Rose, Branco, Silvane, Sipriano, Gabriel e Miguel. Vocês fazem meus dias mais felizes.

À Tica, Anezília Costa, por todo amor, paciência e dedicação à nossa família.

Ao meu querido orientador Prof. Dr. Adamo Dias Alves, por sempre acreditar no meu potencial e no meu trabalho, mesmo não estando fisicamente em Belo Horizonte. Obrigada por me direcionar e me ajudar tanto nos momentos em que eu mais precisei.

Aos professores do PPGD/UFMG Lívia, Pedro, Francisco, Marcelo Cattoni, Marco Antônio e Marcelo Maciel, por todos os ensinamentos. Às professoras Dra. Natália Simões (PPGD/CESUPA) e Dra. Loiane Verbicaro (PPGD/UFPA), obrigada por todo apoio e incentivo.

Às minhas amigas Raquel, Jordana, Ananda, Karen, Larissa, Fabíola e Paola. A amizade de vocês conforta o meu dia a dia.

Aos amigos da Procuradoria-Geral do Estado, Gustavo, Carla, Robina, Maria Elisa, Lieny, Margarida, Flávia e Kátia, por todo apoio e compreensão durante essa trajetória.

Por fim, agradeço a todos que me ajudaram nessa jornada, mesmo não estando expressamente aqui mencionados. Muito obrigada!

[...] ‘Quem se confia em mulheres/Tem o engano na mão/Quando o Tejo não tiver/Água toda se secar/Nem no mar peixes houver/Então faltará à mulher/Malícia para enganar.’ [...] ‘sofra, cale [...], e peça ao céu que se compadeça de sua infelicidade’. Quem sabe assim transformar-se-iam os murros em ‘doces laços’, ‘as injúrias em carinhos’, ‘e os pontapés em afagos’. [...]
(Ronaldo Vainfas – Trópico dos Pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil, 2010).

RESUMO

A presente tese de doutoramento tem como objetivo principal investigar de que maneira o campo jurídico, por meio de seus Tribunais Superiores, reproduz uma lógica de inferiorização e subjugação de mulheres a partir da administração e aplicação da monogamia. A seguinte pergunta-problema norteia este estudo: de que maneira o campo jurídico brasileiro, por meio dos seus Tribunais Superiores, ao incorporar como padrão a sexualidade monogâmica, reproduz uma lógica de controle e subjugação de mulheres? Para responder à problemática proposta, foram definidos quatro objetivos específicos. O primeiro deles centra-se na investigação da trajetória da monogamia, da mulher e do casamento na história da sexualidade e suas introduções no Direito brasileiro. O segundo visa analisar as influências da construção histórica da monogamia e das representações negativas criadas sobre a imagem da mulher na legislação brasileira. O terceiro objetivo específico centra-se na análise e na exposição dos julgados prolatados no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, envolvendo a temática da monogamia e da mulher, precisamente. O último objetivo específico, por sua vez, tem como propósito examinar de que maneira a monogamia é administrada e imposta pelos Tribunais Superiores e como, especificamente, a adoção deste modelo de sexualidade impacta a vida de mulheres. A metodologia utilizada é, quanto à natureza, aplicada. Em relação aos objetivos, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, descritiva e exploratória. Na discussão da temática, a abordagem é qualitativa, pautada em fontes bibliográficas, documentais e jurisprudencial. Para o estudo dos julgados prolatados pelas Cortes Superiores, emprega-se a análise de jurisprudência, com o objetivo de analisar e expor não apenas os principais entendimentos de cada caso, mas de cada caso e de cada voto, por ministro. Após toda a análise histórica, sociológica e jurídica, concluiu-se que a administração e a imposição da monogamia pelo campo jurídico brasileiro carrega consigo fortes preceitos patriarcais, pertencentes a este modelo de sexualidade desde, pelo menos, o Concílio de Trento. São marcas da história que se fazem presentes mesmo diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, fundamentando a subjugação e exclusão de mulheres. Do mesmo modo, a partir do estudo das categorias de análise elencadas, foi possível concluir que a imposição da monogamia pelo campo jurídico brasileiro reproduz o que Carole Pateman chama de contrato sexual, reforçando a legitimação do adultério masculino e da exclusão de mulheres.

Palavras-chave: mulher; monogamia; controle; Igreja; contrato sexual.

ABSTRACT

The main objective of this doctoral thesis is to investigate how the legal field, through its Superior Courts, reproduces a logic of inferiorization and subjugation of women based on the administration and application of monogamy. The following problem question guides this study: how does the Brazilian legal field, through its Superior Courts, by incorporating monogamous sexuality as a standard, reproduce a logic of control and subjugation of women? To address the proposed problem, four specific objectives were defined. The first focuses on investigating the trajectory of monogamy, women, and marriage in the history of sexuality and their introduction into Brazilian Law. The second aims to analyze the influences of the historical construction of monogamy and the negative representations created about the image of women in Brazilian legislation. The third specific objective focuses on the analysis and presentation of rulings issued by the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, after the promulgation of the 1988 Federal Constitution, specifically involving the theme of monogamy and women. The last specific objective aims to examine how monogamy is administered and imposed by the Superior Courts and specifically how the adoption of this sexuality model impacts women's lives. The methodology used is characterized as applied research. Regarding the objectives, it is a bibliographical, jurisprudential, descriptive, and exploratory research. In discussing the topic, the approach is qualitative, based on bibliographical, documentary, and jurisprudential sources. To study the rulings issued by the Superior Courts, jurisprudential analysis is used with the goal of analyzing and presenting not only the main understandings of each case, but also the reasoning behind each judge's vote. After all the historical, sociological, and legal analysis, it was concluded that the administration and imposition of monogamy by the Brazilian legal field carries strong patriarchal precepts, belonging to this sexuality model since at least the Council of Trent. These are historical marks that are present even after the promulgation of the 1988 Federal Constitution, justifying the subjugation and exclusion of women. Likewise, based on the study of the listed analytical categories, it was possible to conclude that the imposition of monogamy by the Brazilian legal field reproduces what Carole Pateman calls a sexual contract, legitimizing male adultery and reinforcing the exclusion of women.

Keywords: woman; monogamy; control; Church; sexual contract.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Lista de precedentes não enfrentados 372
Tabela 2 – Lista de precedentes localizados 424

LISTA DE ABREVIATURAS E CIGLAS

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

PPGD – Programa de Pós-Graduação em Direito

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....13

1. UMA ANÁLISE DA TRAJETÓRIA DA MONOGAMIA, DA MULHER E DO CASAMENTO NA HISTÓRIA DA SEXUALIDADE E SUAS INTRODUÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO 20

1.1 Do casamento privado ao casamento sacramentado: o interesse da Igreja na instituição do casamento como um mecanismo regulador das sexualidades 22

1.2 O controle do sexo matrimonial monogâmico pela Igreja e o papel das confissões 29

1.3 O Concílio de Trento e a introdução do casamento como um contrato solene 38

1.4 A mulher maligna e o seu controle por meio do casamento.....47

1.5 A regulação dos corpos no Brasil Colônia pela imposição da monogamia e o controle de mulheres: das Ordenações Filipinas ao Arcebispado da Bahia.....51

2. A MONOGAMIA, AS INFLUÊNCIAS DAS REPRESENTAÇÕES NEGATIVAS CRIADAS SOBRE A IMAGEM DA MULHER E SEUS IMPACTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....65

2.1 A introdução do casamento no Código Civil de 1916 como um instituto legitimador do sexo e necessário ao controle da concupiscência: as raízes cristãs.....68

2.2 Dos deveres da mulher casada e sua (in) capacidade civil: a inferiorização da mulher pelo instituto do casamento no Código Civil de 1916.....76

2.3 A dissolução da sociedade conjugal no Código Civil de 1916 e o casamento como um instituto aprisionador.....82

2.4 O tratamento dado ao concubinato no Código Civil de 1916: a incidência do poder doméstico para além dos limites do casamento.....90

2.5 A promulgação da Constituição Federal de 1988 e a reconfiguração das relações familiares.....95

2.6 O conceito e as finalidades do casamento no Código Civil de 2002 e a conservação de seus preceitos fundadores: a utilização do casamento como mecanismo legitimador das relações sexuais 102

2.7 Os deveres conjugais: a permanência da fidelidade e do débito conjugal.....110

2.8 A dissolução da sociedade conjugal no Código Civil de 2002: a imputação da culpa na separação judicial e a sujeição dos indivíduos a situações vexatórias nas ações anulatórias do casamento 116

2.9 A união estável e o concubinato no Código Civil de 2002: a criação de um novo mecanismo de controle pelo campo jurídico brasileiro e a invisibilização daqueles que rompem as barreiras monogâmicas.....123
3. A PRESENÇA DA FRATERNIDADE MASCULINA NOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A REPRODUÇÃO DO CONTRATO SEXUAL POR MEIO DA IMPOSIÇÃO DA MONOGAMIA.....128
3.1 A natureza jurídica do casamento e da união estável.....129
3.2 A teoria do contrato e a busca da liberdade e igualdade dos indivíduos: uma farsa?.....135
3.3 O contrato sexual como a face oculta do contrato original.....143
3.4 A transformação do patriarcado paternal em patriarcado fraternal moderno: o modelo de dominação que rege a sociedade civil.....150
3.4.1 A relação monogâmica heterossexual como o principal fio condutor de incidência do contrato sexual.....155
3.5 A presença do patriarcado fraternal moderno no Código Civil de 2002 e nas doutrinas de Direito de Família.....160
3.6 A presença do patriarcado fraternal moderno nos julgados dos Tribunais Superiores e a reprodução do contrato sexual através da administração da monogamia: a busca do controle da desordem causada pelas mulheres.....163
3.6.1 As categorias de análise dos julgados: instrumentos jurídicos utilizados pelas Cortes Superiores para a perpetuação da monogamia e disseminação do contrato sexual.....170
3.6.2 Relação entre concubinos estacionada na esfera do direito obrigacional, constituição de sociedade de fato e a criação de lugares de não direito.....172
3.6.3 Monogamia como um Princípio do Direito: elemento fundamental para a subjugação das mulheres.....178
3.6.4 A diferenciação entre os institutos do concubinato e união estável e a discriminação de mulheres que subvertem o regime monogâmico: marcas da imposição da monogamia no Direito brasileiro.....186
3.6.5 Hierarquização e valorização do casamento em detrimento da desvalorização das uniões estáveis constituídas por mulheres concubinas.....197

3.6.6 Interpretação dos casos com os olhos no passado.....203
3.6.7 Instabilidades das provas necessárias ao reconhecimento da união estável e as aplicações indevidas das Súmulas n° 279 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n° 7 do Superior Tribunal de Justiça.....212
3.6.8 Aplicação do Direito como a força necessária para controlar as paixões dissidentes e os corpos de mulheres: mulheres como fonte de instabilidade e dignas de controle pela imposição da monogamia.....219
3.6.9 Proteção dos direitos da pessoa morta em detrimento da companheira/concubina viva: utilização de teses contraditórias pelas Cortes Superiores que prejudicam o reconhecimento de direitos às mulheres pleiteantes.....220
3.6.10 Corrida judicial para o reconhecimento das relações amorosas causada pela monogamia e a demarcação dos corpos incentivada pelo campo jurídico.....225
CONSIDERAÇÕES FINAIS 229
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁGICAS.....242
ANEXO A..... 265
ANEXO B 398

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 não definiu a monogamia como um princípio do direito ou como um norte organizador da sociedade. A palavra *monogamia* sequer é mencionada no texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal, diante do silêncio da Carta Magna, passou mais de 30 (trinta) anos sem enfrentar a temática de maneira aprofundada. Como veremos, casos como o de Maria Helena Vilela de Araújo Costa, Teresa de Jesus Morais Barroso, Alzureina Monteiro e Joana da Paixão Luz – que envolviam diretamente a temática da monogamia - foram julgados pela Corte Máxima sem a definição precisa de qual patamar de importância assume esse modelo de sexualidade em nosso sistema jurídico brasileiro.

Somente em 2020, por meio do Tema nº 529, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão. No caso de Ricardo[1], a Corte Máxima exarou o entendimento de que a *preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, §1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.*

A publicação desse tema foi a mola propulsora que desencadeou a presente pesquisa. A partir dele, nasceu uma inquietude especialmente em relação à suposta consagração da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional, haja vista que não há qualquer previsão expressa na Constituição Federal de 1988, elencando esse modelo de sexualidade como o único aceito pelo Estado Brasileiro.

Embora não conste como primeiro capítulo, com o objetivo de entendermos melhor como funciona a questão no âmbito das Cortes Superiores, esta tese teve como ponto de partida o estudo dos julgados prolatados no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Após a análise jurisprudencial, feita a partir de recortes metodológicos que serão expostos no decorrer desta pesquisa, foi possível constatarmos que as maiores consequências decorrentes da imposição da monogamia são dirigidas às mulheres.

Como veremos, a imposição da monogamia, seja como uma obrigação ou como um *conselho*[2]*,* ocasiona a exclusão de mulheres, a partir da legitimação do adultério masculino.

Tendo em vista esses parâmetros, a seguinte pergunta-problema direcionará este estudo: *De que maneira o campo jurídico brasileiro, por meio de seus Tribunais Superiores, ao*

[1] Nome fictício utilizado nesta pesquisa, conforme explicação constante no Anexo A.
[2] Termo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal.

incorporar como padrão a sexualidade monogâmica, reproduz uma lógica de controle e subjugação de mulheres?

A presente tese tem como objetivo principal compreender de que maneira o campo jurídico, por meios dos seus Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), reproduz e impõe a monogamia no Brasil como um mecanismo de subjugação e inferiorização de mulheres. Em outras palavras, tem por objetivo compreender de que maneira os Tribunais Superiores promovem uma lógica de subjugação e inferiorização de mulheres, a partir da incorporação da monogamia como um padrão de sexualidade.

A relação entre a monogamia e a inferiorização de mulheres só será mais bem compreendida a partir do transcorrer desta pesquisa. No entanto, adianta-se que esses pressupostos estão historicamente e intimamente relacionados. Esse é um dos grandes pontos de originalidade desta pesquisa.

Como forma de alinhar os objetivos geral e específicos, esta pesquisa foi estruturada em três capítulos e dois anexos.

O primeiro capítulo, que tem como título *Uma análise da trajetória da monogamia, da mulher e do casamento na história da sexualidade e suas introduções no Direito brasileiro*, mostra-se como o coração desta tese. Como o próprio título sugere, tem por objetivo realizar um estudo da trajetória da monogamia, da mulher e do casamento na história da sexualidade e suas introduções no Direito brasileiro.

Neste capítulo, será adotado, como ponto de partida, o estudo do casamento em seus moldes *laicos*, realizado e celebrado antes da intromissão da Igreja. Após esta investigação, o estudo passará a analisar o casamento religioso, implementado e controlado pela Igreja Católica. A adoção deste ponto de partida nos concederá a possibilidade de realizarmos um cotejo entre os dois modelos matrimoniais. Esta comparação será de suma importância para entendermos de que maneira a monogamia foi implementada e disseminada na sociedade, isto é, sob quais bases e finalidades.

O capítulo primeiro se encarregará de analisar como a monogamia foi, especialmente, controlada e implementada pela Igreja Católica. O Concílio de Trento, evento histórico religioso realizado em 1545, possui grande relevância para a investigação da implementação da monogamia em nossa sociedade.

O capítulo também tem por pretensão investigar como a monogamia se inseriu no Brasil. Para tanto, serão utilizados historiadores brasileiros, tais como Ronaldo Vainfas, Mary Del Priore e Laura de Mello e Souza, que se comprometem a analisar a história do Brasil no período colonial.

Somente a partir de toda a análise histórica, será possível investigarmos como a monogamia e a mulher, propriamente, se inseriram nas primeiras legislações que tiveram vigência no Brasil, tais como as Ordenações Filipinas e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia. O ordenamento jurídico, como veremos, nada mais é do que um reflexo da própria sociedade, não estando imune às relações de poder. Na verdade, as relações de poder que estão presentes no meio social são, como veremos, transpassadas e reproduzidas para essas legislações. O estudo das legislações estaria, na verdade, reduzido sem a abordagem antropológica, sociológica e política que acompanha a temática. Por isso é tão importante, antes da análise jurídica propriamente, analisarmos o contexto histórico que envolve a monogamia e, precisamente, a mulher.

De maneira geral, este capítulo nos concederá o devido suporte científico para entendermos de que maneira a monogamia foi introduzida e implementada no Brasil. Esse aporte histórico será de suma importância para entendermos como as Cortes Superiores subjugam mulheres a partir da administração da monogamia.

O capítulo segundo – intitulado como *A monogamia, as influências das representações negativas criadas sobre a imagem da mulher e seus impactos na legislação brasileira* – possui como objetivo compreender de que maneira a monogamia foi introduzida na legislação brasileira, conjuntamente com a figura da mulher.

A partir deste capítulo, será demonstrado como a história teve e tem influência na construção do Direito contemporâneo.

Como ponto de partida, o capítulo analisará a primeira Constituição Brasileira, promulgada em 1824. Em seguida, investigará as Constituições de 1891, 1934, 1967 e, especialmente, a de 1988.

A partir da análise da Constituição de 1988, o capítulo passará a investigar o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002. Será realizada uma espécie de comparação entre o Código Civil de 1916, extremamente misógino e machista, com o Código Civil de 2002. A temática da monogamia e do casamento será sempre acompanhada da investigação de qual papel a mulher assume nesses institutos. Temas como *fundamentos do casamento*, *deveres da mulher casada, fidelidade* e *débito conjugal* serão analisados a partir dos dois Códigos.

Este capítulo nos fornecerá subsídios para entendermos se o Direito Civil evoluiu, em relação ao antigo Código Civil de 1916, no que diz respeito à proteção da igualdade e liberdade da mulher.

O capítulo segundo direcionará o leitor para os Anexos A e B desta pesquisa. Nestes consta a análise jurisprudencial feita no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior

Tribunal de Justiça. Os casos foram elencados todos com os nomes das principais partes, na grande maioria deles, com exceção de dois, de mulheres.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, o estudo recairá sobre os acórdãos prolatados a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 até o ano de desenvolvimento da pesquisa, 2023. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a análise recairá sobre os acórdãos prolatados a partir de 2020, em virtude da publicação de importantes temas no âmbito do Supremo Tribunal Federal apenas a partir deste ano.

Como será melhor exposto adiante, será utilizado como metodologia a *análise jurisprudencial.* Após a pesquisa nos bancos de dados oficiais das Cortes Superiores, a análise recairá sobre cada acórdão prolatado. Detalhes dos fatos e os votos de cada ministro serão objeto de investigação deste estudo.

A pergunta-problema proposta só poderá ser respondida após uma análise aprofundada de todos esses julgados. O arcabouço teórico histórico e doutrinário também é importante para respondermos à problemática, no entanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores se mostram de extrema necessidade. A ausência deste estudo impossibilitaria o desenvolvimento desta pesquisa. Como será demonstrado adiante, são os julgados da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça que dão sentido a toda produção jurídica no Brasil.

Após a exposição dos julgados prolatados no âmbito das Cortes Superiores envolvendo mulheres e monogamia, a pesquisa partirá para o seu último capítulo. O capítulo terceiro - que tem como título *A presença da fraternidade masculina nos julgados dos Tribunais Superiores e a reprodução do contrato sexual por meio da imposição da monogamia* – tem por objetivo principal examinar de que maneira a monogamia é aplicada pelas Cortes Superiores. Para tanto, este capítulo será dividido em dois momentos.

O primeiro momento destina-se a apresentar, de maneira crítica, a teoria da filósofa feminista britânica Carole Pateman. Após a análise de todos os julgados prolatados pelas Cortes Superiores, constantes nos Anexos A e B desta pesquisa, foi possível percebermos que existe, entre eles, um fio condutor que os interliga. Esse fio condutor pode ser personificado no que Carole Pateman chama de *contrato sexual* e *patriarcado fraternal moderno*. Em outras palavras, foi possível percebermos que a submissão de mulheres está no cerne dos julgados que analisaram casos envolvendo mulher, monogamia e casamento. Na verdade, como será sustentado por todo este estudo, a submissão das mulheres mostra-se como pressuposto da monogamia. Este foi um dos grandes achados científicos desta pesquisa.

Apenas com todo o aporte teórico alinhado, será possível analisarmos de que maneira o campo jurídico brasileiro, por meio de seus Tribunais Superiores, ao incorporarem como padrão

a sexualidade monogâmica, reproduzem uma lógica de controle e subjugação de mulheres. O olhar feminista, próprio da teoria feminista radical, mostra-se de extrema relevância para a análise crítica dos julgados. Sem o aporte teórico próprio da teoria feminista, certamente esta pesquisa não teria êxito em seus resultados.

Após todo o estudo da teoria de Pateman, será possível caminharmos para a *análise jurisprudencial*. Para tanto, elencaremos 9 (nove) categorias de análise que perpassam todos os julgados das Cortes Superiores. Em suma, cada categoria de análise pode ser personificada como uma espécie de instrumento jurídico utilizado pelas Cortes Superiores para a aplicação da monogamia e, consequentemente, para a subjugação de mulheres e perpetuação do contrato sexual. É, essencialmente, por meio destas categorias que as Cortes Superiores administram a monogamia e promovem, consequentemente, a subjugação de mulheres.

Algumas hipóteses de pesquisa norteiam esta tese.

A primeira delas segue no sentido de que a história da sexualidade, envolvendo a monogamia e as mulheres, propriamente, é, de certa forma, reverberada nos julgados dos Tribunais Superiores. Em outras palavras, nuances de controle implementados no Brasil Colônia, relacionados ao controle do corpo da mulher por meio da monogamia, poderão ser vistos mais de 500 (quinhentos) anos depois, mesmo diante da promulgação da Carta Magna de 1988. A hipótese caminha no sentido de que a história ainda deixa fortes rastros.

A hipótese desta pesquisa centra-se também na ideia de que o campo jurídico, por meios dos seus Tribunais Superiores, ao incorporar a monogamia como o único padrão de sexualidade juridicamente aceito, utiliza-a como um instrumento para inferiorizar, controlar e subjugar mulheres.

Como será exposto ao longo desta pesquisa, historicamente e, até hoje, o principal meio de aplicação da monogamia na sociedade é pelo casamento. Argumenta-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça incentivam o casamento e, ao mesmo tempo, administram-no ainda sob seus fundamentos históricos religiosos, isto é, com vistas ao controle do sexo, à legitimação do sexo. No entanto, sustenta-se que esse controle é, fundamentalmente, dirigido para as mulheres, eis que o adultério masculino, historicamente legitimado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda é ratificado pelos Tribunais Superiores, às custas da anulação e invisibilização das mulheres.

Ao mesmo tempo, a hipótese centra-se também na noção de que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o âmbito de aplicação da monogamia se ampliou, vez que as uniões estáveis também passaram a ser reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Argumenta-se que os fundamentos religiosos históricos do casamento, consistentes no controle da

concupiscência, são também reproduzidos para a união estável, que passa a ser administrada pelo Estado como mais um mecanismo de controle dos corpos, mas principalmente dos corpos de mulheres. Esse achado de pesquisa também é um dos pontos de originalidade desta tese.

Aliada a essas perspectivas, a hipótese se centra também na ideia de que os Tribunais Superiores, ao administrarem a monogamia, seja pelo casamento, seja pela união estável, reproduzem o que Carole Pateman chama de *contrato sexual*, sendo as mulheres as suas maiores vítimas. Ainda que a Carta Magna de 1988 tenha estabelecido a igualdade de gêneros, a imposição desse modelo monogâmico limitador carrega consigo toda uma histórica estrutura de desigualdade de gêneros e superioridade masculina, que desencadeia a exploração, não só laboral de mulheres, mas, puramente, sexual. O débito conjugal, dever eminentemente criado pela Igreja, mostra-se como o exemplo mais evidente dessa reprodução. A despeito do número crescente de estupros maritais, violadores da dignidade física e psicológica de mulheres, ainda hoje ele se faz presente na legislação civil e nas doutrinas de Direito de Família. Resta saber se ele se faz também presente na jurisprudência dos Tribunais Superiores, mesmo que de forma implícita.

Portanto, resumidamente, a hipótese desta tese concentra-se na ideia de que por meio do casamento e da união estável, os Tribunais Superiores administram a monogamia sob seus moldes eminentemente religiosos, isto é, reproduzem a monogamia essencialmente para controlar os corpos de mulheres, o sexo de mulheres. A histórica lógica de exploração de mulheres, vista na legislação brasileira desde as Ordenações Filipinas, ainda é reproduzida pelos Tribunais Superiores. Ao mesmo tempo, ao aplicarem a monogamia, as Cortes Superiores legitimam e reproduzem o contrato sexual, destinando às mulheres a um patamar de inferiorização, subjugação e, ao mesmo tempo, exploração.

A investigação da reprodução e da imposição da monogamia pelo campo jurídico brasileiro será sempre acompanhada do instituto do casamento e, posteriormente, da união estável. É, precisamente, por meio desses dois instrumentos, que a monogamia se insere na sociedade. Não há como investigar a imposição da monogamia pelo Direito sem a análise desses dois mecanismos que facilitam a sua intromissão. Historicamente, foi pelo casamento que a monogamia se inseriu no direito e no meio social. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esse campo de aplicação da monogamia se amplia, eis que se aplicará na sociedade também por meio da união estável.

Por fim, salienta-se a originalidade deste estudo. Diferentemente dos outros trabalhos e pesquisas acerca da monogamia, esta tese não tem por pretensão direta defender o reconhecimento das famílias simultâneas, poliamorosas ou poligâmicas. Muito menos,

defender a superação da monogamia, o amor e a afetividade no Direito. O objetivo desta pesquisa reside, essencialmente, na investigação da utilização da monogamia, pelos Tribunais Superiores brasileiros, como um instrumento inferiorizador, controlador e subjugador de mulheres.

O próprio objetivo geral deste estudo já é, por si só, original. No entanto, a originalidade também se confirma a partir dos objetivos específicos propostos para esta pesquisa. A finalidade desta tese não reside, tão apenas, no estudo das impropriedades da jurisprudência. A partir do primeiro capítulo, buscar-se-á realizar a investigação da jurisprudência a partir de todo o contexto histórico que acompanha a monogamia, o casamento e a mulher. Não há, no meio acadêmico, qualquer pesquisa que se proponha a realizar um estudo jurisprudencial a partir dessa perspectiva.

1 UMA ANÁLISE DA TRAJETÓRIA DA MONOGAMIA, DA MULHER E DO CASAMENTO NA HISTÓRIA DA SEXUALIDADE E SUAS INTRODUÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

Inicia-se a presente pesquisa com esclarecimentos acerca deste capítulo. Compatível com o que foi anunciado na introdução, a presente seção tem por objetivo apresentar a trajetória da monogamia, da mulher e do casamento na história da sexualidade e suas introduções na legislação brasileira.

Para tanto, este capítulo será dividido em dois momentos. O primeiro deles, investigará, a partir de autores específicos, a formação e a finalidade do casamento na Roma da Alta Idade Média, antes da influência da Igreja Católica. Essa abordagem nos trará subsídios para entendermos se a monogamia, enquanto um princípio estruturante da sociedade, foi ou não uma imposição da igreja cristã. Esse estudo será complementado com a investigação das bases do casamento a partir da perspectiva cristã, ou seja, serão analisadas quais mudanças o casamento teve com a influência da Igreja e qual papel a monogamia assume nas duas fases. A primeira parte do capítulo será finalizada com o estudo da introdução da monogamia no Brasil Colônia e nas primeiras legislações vigentes no Brasil.

A pretensão deste capítulo não é apresentar um escorço histórico da formação da monogamia. Como nos ensina Caio Mário (2022), a história da família encontra uma longa abordagem desde os seus estados primitivos. O objetivo desta pesquisa – que visa essencialmente analisar a reprodução da sexualidade monogâmica pelos tribunais superiores brasileiros e seus impactos na vida de mulheres – bem como a pergunta problema, impõem limitações à essa vasta revisão bibliográfica. Na mesma linha do que fez Marcos Alves da Silva (2012) – entretanto sob outra perspectiva teórica[3] - , serão apresentados apenas alguns recortes da história, recortes estes que nos concederão elementos essenciais sobre a formação da

[3] Reconhece-se a relevância da tese de Marcos Alves da Silva para o desenvolvimento desta pesquisa. Este estudo utilizará dois dos temas abordados pelo autor, particularmente em relação à natureza do casamento leigo e religioso, bem como às disposições do Concílio de Trento, como ponto de partida. No entanto, como será demonstrado neste primeiro capítulo, a pesquisa tomará uma abordagem distinta.
A tese de Marcos tem como título *Da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família*, e tem como objetivo propor novos fundamentos para a abordagem da conjugalidade contemporânea, tendo como eixo principal, a superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família. Embora tenha a temática da submissão da mulher como um de seus fios condutores, o trabalho não tem por objetivo avaliar a influência da monogamia na sujeição e inferiorização de mulheres e, muito menos, avaliar a questão sob a perspectiva feminista, o que o torna diferente da presente pesquisa.
Embora Marcos Alves tenha investigado alguns julgados, ele não se propôs a fazer um estudo jurisprudencial, como se propõe a fazer esta pesquisa, o que também a torna essencialmente diferente daquele trabalho.

monogamia na história e sua introdução como princípio estruturante do Direito. Esses elementos serão de suma importância para investigarmos, como mencionado, a influência da história e do cristianismo nos julgados dos Tribunais Superiores.

Após toda a exposição da incorporação da monogamia pelo Brasil Colônia, a pesquisa se destinará a realizar uma investigação das legislações. Para tanto, se utilizará como ponto de partida as Ordenações Filipinas, precisamente em relação à temática do estupro e do adultério. Em seguida, a pesquisa terá como foco as antigas Constituições do Brasil, o Código Civil de 1916, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002. Em relação aos dois Códigos, a pesquisa se centrará em investigar o conceito do casamento para o Direito, suas características e finalidades, bem como os deveres dos cônjuges, a dissolução do casamento, a união estável e o concubinato.

A investigação histórica do tema é de suma importância para a análise do objeto de pesquisa desta tese, pois demonstrará as bases e as finalidades históricas da monogamia e sob quais fundamentos ela foi amadurecida e implementada no meio social.

Como veremos, os fundamentos e finalidades históricas da monogamia atravessarão o tempo e aparecerão, após séculos, na jurisprudência dos Tribunais Superiores, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. A análise dos julgados dos Tribunais Superiores certamente ficaria enfraquecida sem toda a investigação histórica do assunto. São marcas da história que, infelizmente, ainda se fazem presentes nesses julgados.

Para demonstrar, na prática, a proposta deste capítulo, faz-se uma pontual provocação. Durante anos, para negar reconhecimento às relações homoafetivas – antes de seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal -, os Tribunais de Justiça estaduais utilizavam como fundamento a procriação. A procriação foi, em diversos momentos, utilizada como finalidade maior do casal heterossexual e foi, expressamente, elencada como um interesse estatal (MOREIRA, 2010).

Questiona-se: a procriação, à época desses julgados, era considerada um fundamento da formação do casamento heterossexual ou da união estável, na Constituição Federal? Essa finalidade era prevista, de algum modo, na Constituição? Como veremos no decorrer deste capítulo, a valorização da procriação e sua utilização como requisito para reconhecimento de entidades familiares tem uma explicação que não é propriamente jurídica.

Assim, entende-se que a investigação do instituto da monogamia estaria reduzida e empobrecida sem a abordagem sociológica, antropológica, histórica e política a que ela se insere. Em que pese o objetivo desta pesquisa envolvendo propriamente o Direito, a dimensão jurídica não deve ser separada da dimensão histórico-social que envolve a temática. Pesquisar

a monogamia sob o aspecto normativo e jurisprudencial necessita de todo um arcabouço teórico, mesmo que mínimo, em interlocução com áreas das ciências sociais (SILVA, 2012).

1.1 Do casamento privado ao casamento sacramentado: o interesse da Igreja na instituição do casamento como um mecanismo regulador das sexualidades

Um pensamento leigo, desprovido de uma análise aprofundada da história, pode pressupor que o instituto do casamento foi uma introdução do cristianismo, inexistente antes da influência da igreja cristã. No entanto, a história do casamento monogâmico extrapola os preceitos cristãos e antecede a sua própria instituição como sacramento.

O historiador francês e pesquisador da temática da família Philippe Ariès, na obra *Sexualidades Ocidentais: constituições para a história e para a sociologia da sexualidade* (1987), publicada junto com Michel Foucault, se dedica a apresentar um cotejo da história do casamento na Alta Idade Média, que precedeu a influência do cristianismo, com a fase em que o estatuto foi fortemente influenciado e, por conseguinte, regulamentado pela Igreja. A pesquisa feita pelo historiador recai sobre o casamento monogâmico entre os séculos IX a XIII.

Debater o casamento em sua perspectiva histórica nos provoca a refletir sobre a persistência desse instituto durante longos séculos até os nossos dias, nesse modelo monogâmico limitador (ELIAS, 1994).

No século X, antes da influência da Igreja, a aristocracia romana já celebrava casamentos. No entanto, diferentemente de uma perspectiva sacramental que foi, mais tarde, introduzida, o casamento era considerado um ato eminentemente privado, pois era celebrado na privacidade dos lares, sob a companhia dos parentes dos jovens prometidos, que testemunhavam a união.

Nesse período, o casamento poderia ser, a qualquer momento, desfeito por meio do repúdio. O homem poderia repudiar a mulher e casar-se novamente. Essa possibilidade foi inserida pela aristocracia para atender aos seus próprios interesses, pois o ato de comunhão conjugal não era, fundamentalmente, um ato feito com base no afeto entre os conviventes. O casamento era arranjado e celebrado visando certos objetivos e finalidades específicas. Caso as finalidades fossem frustradas, o casamento perderia então a sua razão de ser.

> A antiga sociedade era realmente muito diferente da nossa quanto ao fato de que o casamento, normalmente, não consagrava um relacionamento amoroso e era um negócio de família: um contato que dois indivíduos haviam concluído, não para seu prazer, mas a conselho das suas respectivas famílias e para o bem delas (FLANDRIN, 1987, p. 148).

Segundo Philippe Ariès (1987), o casamento não era universal, desejado e, muito menos, necessário, isto é, a monogamia, a partir da introdução do casamento, não era incentivada. Eventual necessidade era inteiramente interligada à questão da propriedade privada. Alianças eram feitas visando algum benefício patrimonial. Era, inclusive, importante que nem todos os filhos se casassem, caso contrário "haveria um número excessivo de interessados em receber sua parte do patrimônio e a família corria o risco de uma perda de riqueza e poder" (1987, p. 167). Uma reserva de homens e mulheres solteiras deveria ser mantida pela família, caso precisassem compensar eventuais perdas por guerras, mortes ou doenças. Essa compensação seria, inevitavelmente, feita a partir do casamento.

Caso as finalidades do contrato não fossem alcançadas por qualquer motivo, o homem poderia então repudiar a esposa, em busca de um casamento que fosse mais vantajoso.

Há na história registros de constituição de uma união considerada secundária, utilizada para disciplinar a atividade sexual dos rapazes, sem comprometer, de maneira definitiva, a sua honra. Chamada de *Friedelehe* eram uniões temporárias feitas entre um homem e uma mulher, mas também minimamente formalizada. Ao invés de a família da mulher pagar o dote, era o homem quem pagava o preço da virgindade ao pai da moça. A mulher era, nesse caso, mais emprestada do que, efetivamente, dada. Dessas uniões poderiam advir filhos, que eram considerados bastardos, mas herdeiros em menor escala. Por muito tempo não foram discriminados, recebendo, até mesmo, títulos de terras da família (VAINFAS, 1986).

O ato do casamento – que não era uma cerimônia sacralizada propriamente – tinha uma duração variável. Iniciava-se com a promessa entre as famílias, seguido do *pactuam conjugale.* Apesar do seu caráter simples e não sacramental, o casamento assumia a forma de um verdadeiro contrato entre as famílias, vez que distribuía entre os núcleos familiares direitos e obrigações. Ao celebrarem o contrato de casamento, uma família era obrigada então a entregar uma mulher para a outra família, a do marido. Esta, por sua vez, recebia em troca um *dos*, um dote, para receber a esposa. A mulher tornava-se propriedade da família do marido (Alina MIRANDA, 2012).[4]

O contrato de celebração de casamento feito entre as famílias mudava o *status* dos jovens envolvidos. Antes da celebração, os jovens eram apenas homem e mulher. Após, o contrato mudava seus *status* para marido e esposa, tal qual como acontece atualmente (Carole PATEMAN, 1993).

[4] A mulher se tornava patrimônio familiar e a sua entrega, por sua família, ao seu marido, selava o acordo entre as partes contratantes (VAINFAS, 1986).

A última etapa da celebração do ato conjugal e considerada a mais importante e emblemática para esta pesquisa era, justamente, a colocação dos jovens no leito, chamado por muitos autores de leito nupcial (ELIAS, 1994)[5]. Nessa fase da história, que precedeu a influência da Igreja, o jovem casal deitava-se totalmente despido e em público, na presença dos parentes que acompanhavam o ato do casamento. O homem e a mulher deitavam-se na cama e praticavam o ato sexual, com a finalidade primeira de procriar o mais rápido possível, e tantas vezes quanto fosse possível (ARIÈS, 1987).

A fertilidade era a principal finalidade do casamento. Caso a esposa não conseguisse procriar, ela poderia ser abandonada ou repudiada pelo marido. Originalmente, o casamento tinha como função a procriação, a extensão da linhagem, da nobreza familiar (MIRANDA, 2012).

A finalização do ato sexual dos noivos no leito nupcial consumava o ato do casamento. Essa consumação sexual nos mostra os primeiros indícios entre a ligação do casamento, enquanto um contrato, com a perspectiva de contrato sexual de Carole Pateman, que será introduzida nesta pesquisa em momento apropriado (PATEMAN, 1993). O papel eclesiástico não aparece em nenhum momento no ato do casamento da aristocracia romana, mas tão somente no leito nupcial. Esse é apenas um dos únicos momentos em que o sacerdote comparece para abençoar a "semente" – termo assim elencado pelos historiadores – da mulher.

Embora muitas das vezes conveniente, percebe-se que o casamento nesse período não era utilizado propriamente para controle dos prazeres. As famílias monogâmicas eram, originariamente, formadas em prol do patrimônio e sob um contrato de negócios[6].

Outros meios, que não propriamente o casamento, para além do *Friedelehe*, permitiam que os indivíduos – homens - satisfizessem os seus prazeres. Raptos e violações eram tolerados na sociedade, bem como as aventuras com prostitutas, camponesas, filhas de vassalos ou bastardas. Essa camada mais vulnerável da sociedade era presa fácil, e suas violações eram toleradas (ARIÈS, 1987).

> Devia-se portanto, ao mesmo tempo, evitar os casamentos nocivos, forçando os filhos mais novos ao celibato, bem como prever os casamentos criadores de alianças úteis – o que exigia reservas de moças tanto ou mais quanto de rapazes. As bastardas, em

[5] Nos primeiros séculos do cristianismo, para os defensores do ascetismo: "O quarto nupcial era o vestíbulo da morte, lugar fúnebre. João Crisóstomo, por sua vez, insistia em que o corpo só podia ser bom quando destinado a ser um "templo" da alma, e não a procriar ou a sentir prazer dos sentidos" (VAINFAS, 1986, p. 12). A gravidez, que foi mais tarde vestida de divina, era considerada um verdadeiro sinônimo da dor, deformidade e sofrimento.

[6] Essa noção da família interligada com a ideia do acúmulo de riquezas é compatível com a teoria de Friedrich Engels, presente na obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado.* A teoria evolucionista de Engels não será utilizada como suporte teórico para esta pesquisa. No entanto, nos apresenta excelentes chaves de pesquisa que serão discutidas a partir de outro marco teórico: a teoria feminista.

> particular, constituíam o que G. Duby chama de "reserva de prazer" das casas nobres (ARIÈS, 1987, p. 167).

A duração do casamento dependeria do montante financeiro envolvido no contrato. Onde não houvesse grandes recursos financeiros, a cerimônia sequer existiria. "Se os traços fossem fracos, era interpretado como uma ligação passageira; se fossem fortes, era, pelo contrário, considerado um casamento legítimo" (ARIÈS, 1987, p.166). Nem todos os contratos de casamento possuíam, então, o mesmo valor.

É possível perceber certa maleabilidade – ainda que com a forte presença do *pater familias* -, no modelo de casamento aristocrático romano, que permitia o repúdio e a celebração de novo casamento, tudo para atender aos interesses patrimoniais da família. No entanto, nesse período, é possível vislumbrarmos uma certa elevação das exigências quanto à moral no casamento e a sua estabilidade. Originalmente, essa tendência possui, segundo Philippe Ariès (1987), origem pagã. No entanto, claramente essa moral pagã favoreceu o crescimento dos pensamentos da Igreja à época. Essa tendência para a consagração da estabilidade não chegou sequer a implementar a ideia de indissolubilidade do casamento monogâmico, que veio a ser introduzida somente séculos depois com a presença marcante da Igreja na regulação dos prazeres.

Antes da intromissão da Igreja, a própria monogamia parecia se tornar mais aceita pelos maridos, que mantinham relações extramatrimoniais corriqueiramente. Ademais, embora o casamento representasse uma prática patrimonial, inerente à aristocracia romana, é possível percebermos sinais de difusão do casamento no restante da sociedade (VAINFAS, 1986, p. 26).

No século IX, a Igreja começa a ter um papel importante na sociedade romana, dando seus primeiros passos para o seu triunfo, que ocorrerá apenas em meados dos séculos XII e XIII. Antes disso, a Igreja, estipulava regras matrimoniais, regulamentando a vida dos casados, mas mantinha-se distante do ritual do casamento, vez que ainda era considerado desprezível por ela (MIRANDA, 2012).

Em relação ao casamento, antes de sua sacralização, a Igreja possuía duas correntes opostas entre si: uma ascética e a outra em prol da sacralização do matrimônio.

O livro bíblico de Paulo introduziu entre os preceitos da Igreja a noção de que o sexo é pecaminoso, sujo e digno de reprovação[7]. Por meio de Paulo, a ascese adentra na teoria cristã (FOUCAULT, 2020). Para Paulo, o sexo é digno de pecado em virtude de os órgãos genitais

[7] Segundo Ronaldo Vainfas (1986), nos primeiros séculos do cristianismo, a primeira literatura sobre a moral não priorizou nem o casamento e nem a família. As primeiras literaturas valorizaram a virgindade e a continência.

serem uma parte intrinsecamente inferior do corpo, menos sagrada que a mente, a alma e o coração (Gayle RUBIN, 2011).

A primeira corrente, sustentada por São Jerônimo, vislumbrava o casamento de maneira hostil, sendo um estado inferior, não sagrado e dificilmente tolerado por estar diretamente atrelado ao prazer e ao sexo. Segundo Ariès essa corrente "Parece ser vencedora no século XII, entre os clérigos que queriam dissuadir a Igreja de intervir no casamento e de controlá-lo: que ela fique à distância, pensavam eles, pois nada tem a ver com essas coisas vulgares e baixas" (1987, p. 168). Prevalecia o princípio da refutação dos prazeres e da carne, em prol de uma vida sagrada, casta e próxima de Deus (Bruna DANTAS, 2010)[8].

A vida conjugal foi retratada como fonte de angústia, de inquietação e turbulência, em contradição à *aphatéia*, à serenidade da alma no corpo virgem (VAINFAS, 1986). Crisóstomo relacionava a virgindade, pureza do corpo, à liberdade. O casamento equivaleria, por sua vez, à escravidão, escravidão essa que também era sexual (PATEMAN, 1993). "Se a virgindade correspondia à verdade e à liberdade, o casamento equivaleria à mentira e à escravidão: o cônjuge é o escravo do seu cônjuge, a quem se aliena todo o poder sobre o seu próprio corpo" (VAINFAS, 1986, p. 11-12).

A segunda corrente, que teve como principais precursores São Paulo e Santo Agostinho, viu no casamento monogâmico uma forma de controlar os prazeres dissidentes, que desencadeavam, aos olhos da Igreja, a algazarra na sociedade. O casamento seria o *remedium animae,* remédio para alma. Para São Bernardo, atacar o casamento e não sacramentalizá-lo e institucionalizá-lo significaria abrir as portas para, na concepção do autor, os "desregramentos" envolvendo o concubinato, os incestos, a masturbação e a homossexualidade. A segunda corrente, que triunfou, temia que a não institucionalização e controle do casamento pela Igreja encorajasse a desordem e os prazeres não quistos (MIRANDA, 2012). O casamento sacralizado passou a ser um paliativo para aqueles que não conseguissem controlar seus prazeres e manter a castidade (VAINFAS, 1986).[9]

---

[8] Nos primeiros anos da Igreja cristã, os documentos e tratados teológicos valorizavam a virgindade feminina e a castidade. A castidade era o caminho para se alcançar Deus, com o corpo purificado de desejos imundos. Nestes documentos, atacavam o instituto do matrimônio com o objetivo de convencer as mulheres a não o contraírem (DANTAS, 2010).
Enquanto alguns tratados regulamentavam a castidade para as mulheres, a teologia pareceu obcecada em escrever documentos dirigidos aos homens dos monastérios, que tinham um "perfil solitário", aparentemente longe dos perigosos do sexo e da presença feminina. Nestes, a Igreja recomendava aos homens serem vigilantes em seus pensamentos. A imaginação, os sentimentos e o desejo deveriam ser represados. Havia um verdadeiro combate espiritual para o domínio dos prazeres (VAINFAS, 1986).

[9] "O casamento foi, assim, hostilizado, deplorado enquanto instituição que permitia a manifestação do desejo e o desfrute da carne, mas foi também defendido, ao menos como espaço alternativo ao prazer desregrado" (VAINFAS, 1986, p. 21).

Apesar de não se envolver diretamente com as cerimônias feitas pela aristocracia romana, a Igreja amadurecia o seu modelo de casamento radicalmente diferente, a qual iria, no século XIII, instituí-lo como um sacramento, ao lado do batismo. A construção do modelo de casamento sacramentado foi feita acompanhada de dois importantes elementos: a indissolubilidade e a monogamia (DANTAS, 2010).

A Igreja não concordava com a ideia dos desfazimentos das famílias e do repúdio. A ideia original era a de que a separação dos casais se findasse. O ato, uma vez consumado, não poderia mais ser desfeito. A indissolubilidade, por sua vez, tornava os negócios das famílias permanentes. Mesmo se as finalidades não se concretizassem, o casamento seria, a partir da concepção da Igreja, permanente. Segundo Ronaldo Vainfas: "Monogamia estrita e indissolubilidade formavam, assim, o corpo institucional do modelo cristão do casamento, em oposição ao concubinato e ao divórcio tão frequentes no Mundo Antigo" (1986, p. 13).

No entanto, o poder da Igreja estava em ascensão e ainda não existia a força suficiente para impor a indissolubilidade do casamento à aristocracia que, há anos, permitia a dissolução do casamento. Por anos, a Igreja ponderou os interesses da aristocracia e os admitia, concordando com os sérios riscos que a indissolubilidade de um casamento poderia gerar para os interesses patrimoniais da nobreza. Segundo Philippe Ariès: "É, entretanto, digno de nota que a Igreja tenha levado tanto tempo, não só para impor seu modelo à aristocracia rebelde, mas também para apenas delimitar sua doutrina, expressá-la claramente e chegar a uma definição clara e simples daquilo que ela concebia para o casamento" (ARIÈS, 1987, p. 168).

A Igreja então, pautada nesses novos interesses, produziu toda uma doutrina do casamento, enquanto um sacramento, destinada aos leigos.

Entre os séculos XI e XII, a Igreja parou de dar conselhos para os cristãos e passou a aplicá-los como normas diretivas, sob pena de excomunhão. Gradativamente, a Igreja interveio nos casamentos, com o objetivo de controlá-los e aproximá-los do modelo sacramental recentemente criado. O casamento sacralizado, além de ter por objetivo o patrimônio, tinha por objetivo controlar os prazeres da sociedade, impondo-o como um remédio para a alma.

Embora a indissolubilidade e a monogamia fossem as características do casamento mais almejadas pela Igreja, as quais foram sustentadas sob o ideal bíblico de que *o que Deus uniu o homem não separa*, a intervenção da Igreja no casamento iniciou-se com uma mudança específica: a imposição da proibição do incesto, considerado até o sétimo grau. Essa proibição incomodou muito a aristocracia, visto que casamentos eram celebrados com parentes próximos, tendo em vista a vantagem patrimonial que eles gerariam. No entanto, em que pese a revolta da nobreza, a Igreja foi inflexível quanto a essa proibição (MIRANDA, 2012).

A Igreja deixou a questão da indissolubilidade para segundo plano nesse primeiro momento, com o intuito de fazer valer suas normas na sociedade. A proibição do incesto seria, em sua visão, mais aceitável pela nobreza do que a imposição da indissolubilidade, haja vista que a dissolução dos casamentos era prática corriqueira entre a aristocracia, mas sempre criticada pela Igreja. A proibição do incesto foi, portanto, a primeira diferença imposta, a que foi considerada mais tolerável para a aristocracia cristã. O incesto seria um refresco mais leve para a sociedade beber, permitindo, gradativamente, o aumento da influência da Igreja na sociedade.

No decorrer do século XII, as prioridades da Igreja foram mudando diante do forte poder que vinha exercendo. Dada a sua aceitação, a proibição do incesto foi para segundo plano. A monogamia e a indissolubilidade, por sua vez, passaram a ser exigências primárias da Igreja. A introdução dessas exigências foi lenta e gradativa, mas foi impondo a aceitação do casamento pelo seu traço de indissolubilidade (MIRANDA, 2012).

Foi no Concílio de Latrão, realizado em 1215, que se reduziu a proibição do incesto para o quarto grau, e, em contrapartida, a indissolubilidade ganhou posição dentro das normas cristãs. Sobre o assunto, São Bernardo, defensor da sacramentalização do casamento, sustentava que a consanguinidade era um problema humano, da carne, enquanto a indissolubilidade, um problema de Deus. O homem estaria para mulher no mesmo papel que Cristo estaria para a igreja, sendo essa relação indissolúvel.

Norbert Elias (1994) comenta que a Igreja lutou desde cedo pelo casamento monogâmico. Apesar de ter o sexo relacionado, era a forma de relacionamento mais aceitável, o pior bem. O aumento de sua influência fez com que fossem proibidas as relações extramatrimoniais. Antes de suas imposições, os relacionamentos que ocorriam fora do casamento eram tolerados. Até o século XVI havia a convivência mútua entre os filhos legítimos e os filhos ilegítimos, nascidos após o casamento. Todos os filhos viviam sob o mesmo teto, e o pai buscava lhes dar um futuro digno. Antes da influência da Igreja, as relações extramatrimoniais eram encaradas de uma forma quase natural:

> A Igreja evidentemente lutou desde cedo pelo casamento monogâmico. Mas o casamento assume essa forma rigorosa como instituição social obrigatória para ambos os sexos apenas em um estágio posterior, quando os impulsos e ardores caíram sob controle mais firme e estrito. Porque só então as relações extramatrimoniais dos homens foram, na verdade, proibidas socialmente, ou pelo menos sujeitas a sigilo absoluto. Em fases anteriores, dependendo do balanço do poder social entre os sexos, as relações extraconjugais para os homens e, às vezes, também para as mulheres eram aceitas mais ou menos como naturais pela sociedade secular (ELIAS, 1994, p. 182).

A partir do Concílio de Trento, o casamento vai mudar de lugar: da casa para as portas da Igreja. O casamento desliza do espaço privado para o espaço público, passando a ser também um interesse do Estado. Com a publicização do casamento, nasce também o seu ritual eclesiástico, formado pelo sacerdote, o casal e as testemunhas. No século XIV, a Igreja colocou nas mãos do padre a função de celebrar o casamento e, foi assim, através da máxima *ego conjugo vos* (sou eu que vos uno) que a liturgia matrimonial foi criada. O pai é substituído pelo padre, que personificava todo o sacramento e a liturgia matrimonial, a casa foi substituída pela entrada da igreja e esta, por fim, se impôs sobre a sociedade, sobre às famílias, impondo aos leigos e pagãos, a sua moral: a moral matrimonial cristã (VAINFAS, 1986).

A celebração do casamento pela Igreja desencadeou não só a sua publicização, mas também o seu registro por escrito, abrindo portas para uma nova concepção de poder e de controle do Estado.

Segundo Bruna Dantas (2010), a Igreja só conseguiu exercer seu poder sobre a vida conjugal quando passou a sacramentalizar o matrimônio. No início dos séculos da Igreja, os posicionamentos dos teólogos eram ambíguos em relação à sacralidade do matrimônio, razão pela qual perdia a sua força. Ao tornar o casamento uma cerimônia e instituição divina e sagrada, a Igreja passou a quantificá-lo, a controlá-lo e a exercer todo o seu poder. O casamento foi transformado em monopólio da Igreja Católica.

Embora o casamento tenha sido, de fato, legitimado, percebe-se que o prazer, o desejo, a carne e o sexo sempre aparecem como preocupações da Igreja, mesmo dentro do matrimônio. Se questionou Vainfas: “O grande problema continuava sendo o ato carnal: como sacramentá-lo através do casamento sendo ele um pecado?” (1986, p. 30).

A seção seguinte tem por objetivo apresentar recortes da história em que demonstram o controle do corpo feito pela Igreja, controle esse feito mesmo dentro da união conjugal – legitimado e sacramentado. Apesar de legitimadas, as relações interpessoais foram verdadeiramente regradas pela Igreja.

Veremos que o controle do prazer, do desejo e, propriamente, do sexo, perdurou durante séculos, desencadeando, inevitavelmente, impactos até os dias de hoje. Como veremos nos capítulos seguintes, o sistema jurídico brasileiro, pautado em ideais jurídicos – não em sua origem -, controla os prazeres dissidentes, castrando aqueles que o externam, e relegando às mulheres um local específico: o da invisibilização e vulnerabilidade.

1.2 O controle do sexo matrimonial monogâmico pela Igreja e o papel das confissões

A partir do século XII, a Igreja foi ganhando poder e passou a interferir, de maneira direta, nas relações conjugais. Quando o casamento foi sacralizado, a sua presença e intromissão se tornou ainda mais poderosa.

Embora a sacralização do casamento tenha sido implementada, o celibato ainda vigeria para o clero. A castidade concedeu poder para que os teólogos pudessem regulamentar o casamento, pois carregavam consigo a pureza que a Igreja cristã sempre quis implementar. O casamento, ao ser sacramentado, submeteu-se, portanto, ao monopólio do corpo sacerdotal. O celibato do clero foi considerado um verdadeiro trunfo no século XIII, sendo um capítulo necessário para a construção do poder da Igreja no ocidente cristão (VAINFAS, 1986).[10]

Sobre o celibato e o casamento, mencionou Ronaldo Vainfas:

> Ao clero, homens do mundo espiritual, deveria caber a castidade e o poder. Aos leigos, homens do mundo profano, caberia o matrimônio e a obediência, […] O triunfo do celibato no século XIII foi, assim, um capítulo essencial na construção do poder da Igreja no Ocidente Medieval (VAINFAS, 1986, p. 24-25).

Embora sacralizado, o casamento ainda era um problema para a Igreja, pois o sexo ainda estaria presente e não seria purificado pela união conjugal. A consagração do casamento enquanto um instituto divino foi, aparentemente, a única saída encontrada pela Igreja para controlar os desejos, os prazeres, os sentimentos, os pensamentos e, principalmente, o adultério. O sexo, mesmo monogâmico e realizado dentro de um matrimonio, ainda representava a impureza. A posição do Papa Gregório Magno permaneceu vigente por muitos anos no meio eclesiástico, pois se posicionava no sentido de que "[…] é quase impossível sair puro do abraço conjugal" (FLANDRIN, 1987, p. 136).

O casamento aristocrático, antes da intromissão da Igreja, era, fundamentalmente, marcado por interesses patriarcais, como já sustentado nesta pesquisa. Normalmente, não se consagrava um relacionamento amoroso, mas um negócio entre as famílias, visando os seus próprios interesses e o seu próprio bem.

Ante a imposição da monogamia e da indissolubilidade pela Igreja, seria necessário que existissem regras de vida conjugal para que esses dois indivíduos, que, em tese, não nutriam qualquer sentimento entre si, pudessem conviver e passar toda a vida juntos (FLANDRIN, 1987). Essas regras matrimoniais se aplicavam ao sexo com o intuito de controlá-lo.

---

[10] "Seja como for, o modelo triunfou nos séculos XII e XIII. Impôs-se ao clero o celibato, e aos leigos – nobres ou camponeses – impôs-se o casamento monogâmico e indissolúvel. No bojo desse processo, a Igreja afirmou-se como o poder supremo no Ocidente. A sacramentalização do casamento foi a base, portanto, do triunfo político da Igreja, e matéria privilegiada da codificação moral da cristandade." (VAINFAS, 1986, p. 36).

Jean-Louis Flandrin menciona que “Há, no centro da moral cristã, uma desconfiança muito aguda em relação aos prazeres carnais, porque eles mantêm o espírito prisioneiro do corpo, impedindo-o de se elevar na direção de Deus” (FLANDRIN, 1987, p. 135). Essa desconfiança foi personificada com a imposição da vigilância, de regras e das confissões (FOUCAULT, 2017).

Devemos comer para viver, mas nós não devemos nos entregar ao pecado da gula. Esse era o preceito utilizado pela Igreja Católica para personificar a ideia de que o sexo era necessário para procriar, mas que não deveria ser feito visando tão apenas os prazeres sexuais. Os teólogos da época propagaram a ideia de que a sexualidade foi concedida ao homem tão apenas para nos reproduzir.

A procriação, portanto, tornou-se o foco da Igreja. Um instrumento para se justificar o sexo matrimonial, ante ao insucesso da introdução da castidade. O sexo matrimonial passou a ser aceito como medida paliativa ao celibato. No entanto, tão apenas o sexo matrimonial monogâmico, com fins procriatórios, era permitido. Toda a atividade sexual praticada fora do casamento era condenada, na medida em que tinha uma outra finalidade que não a procriação, mas a mera satisfação dos prazeres, que se constituía em verdadeiro pecado. É fundamentalmente por esse motivo que as relações extraconjugais não foram toleradas pela Igreja. Enquanto o sexo matrimonial tinha por objetivo a procriação, único motivo pelo qual passou a ser tolerado pela Igreja, o sexo extramatrimonial era movido pelo pecado, e precisava ser punido.

O sexo matrimonial foi então permitido e regulamentado em virtude da procriação. No entanto, a partir do século XIII, os teólogos fundamentaram o matrimônio em uma outra razão, fundamental para a investigação do objeto desta pesquisa: era necessário se unir em casamento com o intuito de lutar contra um desejo não permitido. O controle dos prazeres restou claro dessa passagem escrita por São Paulo, quando escreveu aos Coríntios: “É bom ao homem não tocar em mulher. Todavia, para evitar a fornicação, tenha cada homem a sua mulher e cada mulher o seu marido. O marido cumpra o dever conjugal para com a esposa; e a mulher faça o mesmo com relação ao marido” (FLANDRIN, 1987, p. 136).

O casamento então foi considerado um remédio que Deus deu aos servos para o controle dos prazeres. Mais do que um remédio, o casamento seria um antídoto para os prazeres indesejados.

A sacralização do matrimônio, como demonstrado anteriormente a partir de sua consumação sexual, veio acompanhada da imposição de deveres aos cônjuges. Esses deveres

são eminentemente sexuais. A sacralização do matrimônio, além de formalizar um contrato entre os sexos, consuma também um contrato que é, eminentemente, sexual (PATEMAN, 1993).

Thomas Sanchez, a partir dos séculos XVI e XVII, representou uma virada de pensamento à época. Em sua visão, a união dos esposos por sexo não representaria mais um pecado, como muitos teólogos argumentavam antes do século XV. O prazer que seria proveniente também não seria pecaminoso, desde que a procriação não fosse impedida. Não é a busca do prazer que é mais condenada, mas a busca tão apenas do prazer, sem as finalidades procriatórias (FLANDRIN, 1987).

O sexo passa a ser obrigatório com a sacralização do casamento. Os cônjuges, segundo Flandrin (1987), ao se casarem, ficam em permanente dívida com o outro, sendo esta, eminentemente sexual. Essa ideia de casamento como dívida sexual tem fundamento em São Paulo. Em sua primeira Epístola a Coríntios, ele escreveu:

> Para evitar a imprudência, tenha cada homem a sua mulher e cada mulher o seu marido. O marido cumpra o dever conjugal para com a esposa e a mulher faça o mesmo em relação ao marido. A mulher não dispõe do seu corpo, mas é o marido quem dispõe. Do mesmo modo o marido não dispõe do seu corpo; mas é a mulher quem dispõe (FLANDRIN, 1987, p. 139).

A partir da ideia de que o marido é o dono do corpo da esposa e de que ela é dona do corpo do marido, a Igreja irá regulamentar, de maneira exaustiva, tudo sobre o sexo matrimonial. Dentro e fora do leito conjugal, era o homem que era o cabeça da mulher e ela a sua auxiliadora. No leito, era ele quem era o agente ativo, devendo, portanto, ficar sempre por cima, para mostrar que era ele quem era o superior. Ela, por ser passiva, deveria ceder aos "assaltos" sexuais do marido com passividade (FLANDRIN, 1987).

Vários debates sexuais foram instaurados no âmbito da Igreja. Um dos mais interessantes é, sem dúvida, o lugar em que o prazer sexual da mulher ocupava. Durante uma fase específica, teólogos sustentaram que o prazer da mulher era pecaminoso, por não ser necessário para a procriação. Ela, por sua vez, seria tão apenas a receptora do orgasmo do homem (PATEMAN, 1993), que não era considerado pecaminoso por ser essencial à procriação.

Norbert Elias nos mostra que, durante os séculos, e sem dúvida sob a influência da Igreja, a linguagem se tornou mais robusta ao se falar do sexo. Esse aumento do pudor não foi diferente dentro da relação matrimonial. A união conjugal deveria ser praticada na posição convencional, também chamada de "posição natural", na qual o homem deveria ficar por cima da mulher. Essa era a posição recomendada pela Igreja e todas as outras eram consideradas escandalosas e contra a natureza humana. A mulher por cima do marido, por sua vez, representaria uma posição contra à natureza, mas a natureza masculina, do homem assumir o

seu papel ativo da relação e ditar a evolução do ato conjugal. A sodomia era proibida tanto para homens, quanto para mulheres, sob pena das mais severas punições.

A questão do amor quase não aparecia nos debates entre os teólogos, com exceção de Sanchez e Francisco Vitória. Nos raros debates em que a temática se fazia presente, era claramente reprovada. O amor ardente do marido pela esposa foi, inclusive, comparado ao adultério por São Jerônimo. O amor excessivo do marido para com a sua esposa seria vergonhoso, tão vergonhoso quanto o amor sentido pela esposa de outro homem. Os direcionamentos da Igreja pregavam que o marido deveria amar a sua esposa com racionalidade e não com paixão. A paixão era remetida pela Igreja à ideia de prazer, sexo praticado com ardência e ao adultério. O amor excessivo do marido com a esposa era comparado com o amor que um marido poderia sentir com a sua amante. Sobre o assunto, comenta a historiadora Mary Del Priore:

> Ao longo da Idade Média, enquanto os poetas cantavam amores impossíveis, os teólogos repetiam o aforismo de são Jerônimo: "Adúltero é também o marido muito ardente por sua mulher". Mas por que maridos não podiam amar apaixonadamente suas esposas? Porque, para a antiga moral cristã inspirada no estoicismo, a sexualidade nos fora dada exclusivamente para procriar. Era perverter a obra divina servir-se dela por outras razões. Santo Agostinho, no século V, resumia o casamento à procriação e ao cuidado com os filhos. O prazer puro e simples era "concupiscência da carne", esterilidade que submetia a razão aos sentidos. E pior: na sua opinião a força do desejo não viria de Deus, mas de Satanás.
> Conclusão: o casamento só era legítimo se colocado a serviço da prole, da família. É coisa muito recente a Igreja católica exaltar o amor conjugal. Para muitos teólogos da atualidade, "as relações conjugais são imorais quando não há mais amor". Elas não podem ser outra coisa que "expressões de amor". Mas isto, hoje. Pois no passado, o casamento estava longe de ser o lugar de encontro amoroso entre homens e mulheres (Mary DEL PRIORE, 2007, p. 123).

O controle do amor tinha clara razão de ser dentro da doutrina da Igreja: um amor exacerbado promoveria também a libertação dos prazeres, a diminuição do pudor no sexo e a desobediência aos ditames religiosos. Esse sentimento desencadearia, na visão da Igreja, um abalo na relação do indivíduo com Deus, na medida em que os amores seriam postos em conflito, mas, acima de tudo, o descontrole para a sociedade (DEL PRIORE, 2007).

Segundo Flandrin (1987), indícios sugerem que o marido e a mulher agiam com a racionalidade que lhes foi tão requisitado. O pudor, como já exposto, existiria até mesmo na cama e isso seria uma sorte para a moral cristã que, aparentemente, teve seus preceitos cumpridos pela sociedade durante muito tempo.

Norbert Elias (1994) vê uma explicação interessante para essa aceitação e aumento de pudor dos indivíduos. Juntamente com os constantes códigos de conduta – que elencavam atos proibidos e atos permitidos pela Igreja - , a estrutura da personalidade se transformou. As

proibições passam a serem respeitadas e internalizadas como formas de autocontrole. São proibições que, inevitavelmente, alteram a personalidade do indivíduo. O autocontrole e o pudor são tão grandes que, muitas das vezes, não se consegue desvencilhar nem mesmo no espaço privado. “Mas, como quer que seja expresso, o código social de conduta grava-se de tal forma no ser humano, desta ou daquela forma, que se torna elemento constituinte do indivíduo” (ELIAS, 1994, p. 189).

Quanto ao sexo matrimonial, deveria ser normal que o homem contasse com a recusa da mulher e vice-versa. Em caso de brigas e desacordos, a presença do confessor se fazia necessária. Contrariamente ao que a história nos sugere, os esposos não estavam sozinhos no leito conjugal: “a sombra do confessor presidia aos seus amores” (FLANDRIN, 1987, p. 148).

Sobre o papel das confissões no controle do sexo, Jean-Louis Flandrin (1987) comenta que não foi sem fundamento a exaustiva regulamentação do sexo e do matrimônio pelos teólogos em seus mínimos detalhes. Se eles se introduziram até mesmo nos pequenos detalhes, não foi apenas porque eles queriam cristianizar a vida conjugal com profundidade, mas também e principalmente para responder às expectativas e às perguntas que eram feitas aos confessores no confessionário. Por trás de cada debate do jogo matrimonial, havia o interesse dos casados em saber exatamente as regras do jogo, o que era ou não permitido.

Ao mesmo tempo, Norbert Elias comenta que, com a evolução dos séculos, se introduziu uma maior vergonha em relação ao sexo e um maior enrijecimento das palavras. Embora o vocabulário tenha se enrijecido (ELIAS, 1994), nos últimos quatro séculos promoveu-se uma verdadeira explosão discursiva sobre ele.

O enrijecimento do vocabulário, sustentado por Norbert Elias, não é negado por Michel Foucault (2017). Novas regras de decência filtraram as palavras, os enunciados e o código de postura. Ao longo dos séculos, definiu-se com muito mais clareza quando e onde se poderia falar dele, em quais situações, na presença de quais locutores e em que relações sociais (FOUCAULT, 2017). Lugares de silêncio e discrição foram implementados nas relações sociais. Na educação dos filhos, o enrijecimento do vocabulário pôde ser claramente visualizado. Implementou-se toda uma política restritiva, que incidiu sob as palavras, gestos e pensamentos.

Para ilustrar, na prática, o aumento do sentimento de vergonha que cerca as relações sexuais humanas e, consequentemente, o aumento de pudor, Norbert Elias analisa a transição da sociedade a partir da famosa obra *Colóquios de Erasmo.* Publicada em 1522, foi um verdadeiro sucesso e tinha por objetivo educar os meninos, apresentá-los à vida. Inúmeras versões foram publicadas, durante anos, e utilizadas pelas escolas na educação de meninos.

No entanto, a partir do século XIX, os educadores começaram a tecer fortes críticas aos colóquios. O livro incomodou educadores por anos. Incomodou também o educador alemão Von Raumer, que fez uma crítica aos *Colóquios de Erasmo* em sua obra *História da Pedagogia*[11]*:*

> Como pôde um livro como esse ser adotado em inúmeras escolas? O que crianças têm a ver com esses sátiros? A tarefa de reformar é assunto para homens maduros. Que sentido veriam meninos encontrar em diálogos sobre tantos assuntos dos quais nada entendiam: conversas nas quais os mestres são ridicularizados, ou entre duas mulheres sobre seus maridos, entre um pretendente e a moça que está cortejando, ou no colóquio "*Adolescentis et Scorti* (o Adolescente e a Prostituta?) Este último diálogo lembra a máxima de Schiller intitulada "*Kunstgriff*" (O Jeito): "Se quer por igual agradar o mundano e o divino, mostre-lhe os prazeres da carne, mas mostre-lhes o demônio, também". Erasmo descreve aqui o desejo carnal na forma mais crua e, em seguida, acrescenta alguma coisa edificante. Esse livro é recomendado pelo Doctor Theologiae a um menino de oito anos, na suposição de que ele pode beneficiar-se com sua leitura. (RAUMER apud ELIAS, 1994, p. 170).

Todavia, no nível dos discursos e da exploração do sexo, o fenômeno é inverso. Não se falava menos de sexo. Os discursos sobre o sexo e a incitação em conhecê-lo e falar dele não pararam de se alastrar. A incitação do discurso se deu, principalmente, por meio das confissões, institucionalizadas e renovadas no Concílio de Trento. A partir do Concílio de Trento, preenche-se as lacunas pertencentes aos manuais de confissão da Idade Média (FOUCAULT, 2017).

Questões relacionadas ao sexo matrimonial passaram a ser importantes de serem conhecidas nas confissões pelos confessores: a posição que o esposo e a esposa adotavam, as atitudes, os gestos, toques e o momento exato do prazer. Todas essas minúcias do sexo e sua execução passaram a ser objeto de estudo pela Igreja. Fora do confessionário, todavia, a discrição é recomendada cada vez com mais insistência.

A contrarreforma buscou acelerar o ritmo das confissões por todos os países católicos, impondo-a como uma obrigação, pelo menos anual, a todo e bom cristão[12]. Enquanto a linguagem era podada, no confessionário o confessor tinha o interesse em falar tudo sobre o sexo, chegando até mesmo em suas mais finas ramificações. Com uma tradição ascética e

---

[11] Sobre os *Diálogos* de Erasmo, também comentou Foucault: "O mesmo ocorre com o sexo das crianças. Afirma-se frequentemente que a época clássica o submeteu a uma ocultação da qual só se liberou com os *Três ensaios* e com as benéficas angústias do pequeno Hans. É verdade que desapareceu a antiga "liberdade" de linguagem entre crianças e adultos, ou alunos e professores. Nenhum pedagogo do século XVII teria, publicamente, como Erasmo o fez nos seus *Diálogos*, aconselhado o seu discípulo na escolha de uma boa prostituta. E desapareceram progressivamente os risos estrepitosos que, durante tanto tempo, tinham acompanhado a sexualidade das crianças e, ao que parece, em todas as classes sociais. Mas isso não significa um puro e simples silenciar. Não se fala menos de sexo, pelo contrário. Fala-se dele de outra maneira; são outras pessoas que falam, a partir de outros pontos de vista e para obter outros efeitos" (FOUCAULT, 2017, p. 30).

[12] "No século XVII e XVIII, temendo as represálias do Tribunal do Santo Ofício, homens e, principalmente, mulheres adquiriram o hábito de confessar os pecados mensalmente e, às vezes, até semanalmente. Preferiam antecipar o que aconteciam no lar, ao invés de serem 'descobertos' por suas infrações. O modelo fazia calar, mas também descrever os pecados mais profundos" (Cícero SANTOS; Patrícia HOLANDA, 2020, p. 11722-11723).

monástica, as confissões acabaram por impor todo o arcabouço de regras para que o indivíduo fizesse exame de si mesmo[13]. Todas as insinuações da carne passaram a ser importantes: desejos, pensamentos, sentimentos, imaginações voluptuosas e deleites. Tudo deveria entrar no crivo da confissão e da direção espiritual. A partir da sacramentalização do casamento e da introdução da Igreja como um monopólio, o sexo passa também a ser monopolizado e encurralado por ela para não deixar indícios de qualquer obscuridade e nem sossego. O século XVII fez das confissões uma regra para todos.

O vocabulário do sexo, certamente, necessitou ser neutralizado. Todavia, essa neutralização ficou, segundo Foucault (2017), em um patamar secundário diante de todo o jogo das confissões, de colocar o sexo em discurso, em permanente conhecimento, sob o crivo interminável da palavra. Os diretores espirituais estimulavam que tudo fosse falado, não apenas os atos consumados, mas os toques sensuais, os olhares impuros, as carícias, os olhares obscenos e todos os pensamentos maliciosos consentidos. Imputou-se aos fiéis uma verdadeira vigilância dos pensamentos, dos sentimentos e dos prazeres.

Embora fossem aplicadas penitências, modelo de punição pertencente à Igreja, não houve censura sobre o sexo. A pastoral cristã constituiu uma verdadeira máquina para produzir discursos sobre o sexo, discursos que fossem úteis a ponto de surtirem efeito na economia dos prazeres.

Contudo, a técnica de colocar o sexo em discurso não ficou apenas nas mãos da Igreja. O interesse eclesiástico sobre o sexo, em conhecer as suas mais finas ramificações, virou também um interesse público. Por volta do século XVIII, a partir da introdução das confissões, nasce um interesse público, político e técnico a se falar sobre o sexo. No entanto, esse interesse não parte de uma teoria geral sobre o sexo, mas já nasce com o intuito de contabilizar, analisar, classificar e especificar as sexualidades, por meio de pesquisas quantitativas (FOUCAULT, 2017).

Os interesses não tinham apenas por objetivo punir o sexo, julgá-lo, mas também, e principalmente, administrá-lo. Regulá-lo para o bem de todos, fazê-lo funcionar sob um padrão ótimo, um padrão aceitável. No século XVIII, a partir do interesse público, o sexo se torna questão de polícia. Polícia não no sentido de repressão da desordem, mas como majoração das forças coletivas e individuais a administrá-lo por meio de discursos úteis e públicos.

[13] O exame da consciência funcionava como uma técnica para se prestar uma boa e verdadeira confissão. O exame da consciência permitia que o indivíduo produzisse uma verdade sobre si. Já a confissão, a partir desse exame de consciência, permitiria extrair essa verdade ao confessor (SANTOS; HOLANDA, 2020).

Por meio da técnica de colocar o sexo em discurso, multiplicaram-se as condenações judiciárias das perversões consideradas menores. As perversões e as irregularidades sexuais foram interligadas ao estigma da doença mental.

Antes do final do século XVIII, três importantes códigos regulavam a prática sexual: o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil. Cada uma, fixava sob suas próprias maneiras, a linha divisória entre os atos permitidos e os atos proibidos.

As três legislações se preocuparam em regular a prática sexual, mas, principalmente, a prática sexual matrimonial. Juntas, tinham o objetivo de regular o dever conjugal, a capacidade dos cônjuges de desempenhá-lo, a forma pela qual a dívida era cumprida, as carícias feitas no coito e o prazer, propriamente. As três normas, unidas, inegavelmente produziram importante conteúdo acerca da monogamia e sua imposição na sociedade.

Segundo Foucault e como também já foi demonstrado nesta pesquisa, o sexo dos cônjuges era sobrecarregado de recomendações e regras. “A relação matrimonial era o foco mais intenso das constrições; era sobretudo dela que se falava; mais do que qualquer outra, tinha que ser confessada em detalhes” (FOUCAULT, 2017, p. 41). A relação extramatrimonial, tolerada antes da intromissão da igreja, passa a ser condenada. O adultério passou a figurar, ao lado do rapto e do estupro, a lista dos graves e gravíssimos pecados. Em relação aos tribunais, geridos pela lei civil, condenava-se tanto a homossexualidade quanto a infidelidade. As leis civis e religiosas regiam-se pelo que Foucault (2017) chama de “ilegalismo global”. Condutas ilegítimas previstas em ambas as legislações e na esfera dos costumes e da moral.

Sobre a monogamia sexual, Foucault comenta que: “Nesse sistema centrado na aliança legítima, a explosão discursiva dos séculos XVIII e XIX provocou duas ramificações. Em primeiro lugar, um movimento centrífugo em relação à monogamia heterossexual” (FOUCAULT, 2017, p. 42). O discurso que acompanhou o sexo fez dela uma regra interna.

O objetivo das próximas seções é investigar como o instituto da monogamia aparece no direito canônico, propriamente, e como esses preceitos são transpassados para a legislação civil. Isto é, busca-se investigar como a sexualidade monogâmica foi implementada pela Igreja e adotada pelo Estado para regular as relações sociais na sociedade. Segundo Marcos Alves (2012), para compreendermos o regulamento do matrimônio no Brasil e a consagração da monogamia como um princípio do ordenamento jurídico brasileiro, é de suma importância examinarmos o casamento a partir dos seus moldes tridentinos. O Concílio de Trento constitui-se em um importante marco referencial porque consagrou e sistematizou o pensamento da Igreja Católica em relação ao matrimônio monogâmico e seus regramentos surtiram efeitos por séculos, influenciando, como veremos, até o Código Civil Brasileiro de 2002.

1.3 O Concílio de Trento e a introdução do casamento como um contrato solene

No século XVI, ao mesmo tempo em que o poder da Igreja Católica se propagava, os ideais protestantes se espalhavam por toda a Europa. Esse momento da história, também considerado um movimento religioso, se iniciou com Martinho Lutero, em 1517[14]. Foi Lutero quem fez, dentre inúmeras outras, as mais significativas considerações acerca do casamento, pleiteando pela sua secularização e total separação da Igreja (ALVES, 2012).

Como forma de impedir o avanço da reforma protestante e a implementação social das regras na sociedade, a doutrina católica do casamento passou a ser amplamente disseminada e fixada por meio dos seus teólogos. Frente ao avanço dos novos pensamentos religiosos, urgia a necessidade de realização de um concílio pela Igreja Católica para que seus dogmas do casamento fossem reorganizados, reafirmados e refixados. Era necessário que a Igreja fixasse firmemente os seus preceitos matrimoniais e o fez, a partir do Concílio de Trento, iniciado no dia 13 de outubro de 1545 (ASTURIAS, 2015).

O Concílio de Trento é considerado como um dos mais importantes marcos na história da Igreja. As decisões que foram nele fixadas impactaram a história durante séculos, refletindo até hoje nas legislações civis brasileiras envolvendo a temática do matrimônio. Muitos dispositivos do Código Civil de 2002 carregam consigo fortes marcas do direito canônico, implementados há mais de 500 (quinhentos) anos. Inevitavelmente, como veremos nos capítulos seguintes, esses rastros também se fazem presentes nas análises do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça[15]. Analisar os dogmas cristãos presentes na instituição *casamento*, enquanto um sacramento, permite-nos ter uma visão completa do contrato matrimonial também enquanto um contrato sexual (PATEMAN, 1993). Sem os preceitos e dogmas cristãos que acompanham e fundam o sacramento, o contrato sexual do casamento estaria prejudicado.

---

[14] "Em 1517 Lutero afixou as 95 teses na Igreja e no Castelo de Wittenberg. Em poucas semanas elas estavam difundidas por toda a Alemanha. Sem nenhuma ingerência de Lutero, mas com total apoio do povo, exaurido pelo exagerado fiscalismo pontifício, eram copiadas a mão e passadas adiante. Um ano depois, em 1519, já havia edições impressas em Basiléia, Lipsia e Nuremberg. Erasmo remeteu-as a seu amigo Thomas More (na Inglaterra). No final de 1519, já circulavam em toda a França." (LEITE, 1991, p. 237).

[15] Sobre o assunto, comentou Orlando Gomes: "na formação e no desenvolvimento do direito civil, notadamente dos povos ocidentais (...) principalmente, no campo das relações familiares. O direito matrimonial dos povos da área cultural do cristianismo acha-se impregnado do espírito da Igreja e se inspira, em muitos pontos, nos princípios que foi estabelecendo e firmando ao longo dos séculos. O Concílio de Trento, de 1545 a 1563, estatui normas que influíram de modo decisivo na evolução do instituto do casamento. São de origem canônica muitas disposições legais consagradas nos Códigos" (GOMES, p. 55, 2006).

Embora o Concílio de Trento tenha se iniciado em 13 de outubro de 1545, a doutrina geral dos sacramentos – do qual o matrimônio passou a fazer parte, ao lado do batismo – só veio a ser discutidas na VII sessão, dois anos após o seu início, em 3 de março de 1547. Nesta sessão, foram elencados os princípios fundamentais do casamento. As primeiras conclusões e projetos só foram apresentados anos depois. Eduardo Leite, na obra *Origem e Evolução do Casamento* argumenta que, embora a Igreja não tenha inovado no Concílio de Trento em matéria do casamento, o lapso de tempo entrega a morosidade e a delicadeza dos debates instaurados e da difícil tarefa de estabelecer conclusões, pois foram "Dezesseis anos discutindo o casamento" (1991, p. 238). Reafirmou-se os dogmas, sacramentos e estados que a Igreja defendia desde os séculos XII e XIII (VAINFAS, 2010).

Como uma saída para o estado virginal e celibato, a Igreja consolidou toda uma doutrina do casamento, como um sacramento instituído por Jesus Cristo, e a ele atribuiu graça[16]. No Concílio de Trento, a Igreja se apressou em ratificar essa doutrina[17]. Seu interesse passou a residir na introdução de um casamento enquanto sacramento, solene, um contrato público (GOMES, 1978). O casamento clandestino, por sua vez, - aquele realizado apenas na presença dos cônjuges e sem a intervenção de um sacerdote -, passou a ser completamente desprezado pela Igreja. A clandestinidade dos casamentos causava uma inquietude entre os Estados, que, sem ter regras bem definidas, *constatavam a desordem* da sociedade. A clandestinidade foi uma válvula propulsora para que se implementasse normas sobre o casamento. Esses matrimônios passaram a ser categorizados como relações do diabo, e não de Deus:

> Nem o direito natural, nem o direito das gentes, nem o direito civil, nem o direito divino autorizam a clandestinidade: o casamento deve ser publicamente contratado *adhibitis adhibendis* (mostrados – os nubentes – que devem ser mostrados) sem o que ele não é nada em nada *ratum, validum, firmum* (ratificado, validado, solidificado), ele não é de Deus, mas do diabo (LE BRAS, 1927, p. 2236).

[16] Sobre a sacralidade que o casamento ganha na doutrina católica, argumenta Maria de Lurdes Correia Fernandes na obra *Espelhos, Cartas e Guias: casamento e espiritualidade na Península Ibérica 1450-1700:* "Naturalmente, a reafirmação – desde 7 de março de 1547, na sessão VII do Concílio -, da pertença do matrimónio ao grupo dos sete sacramentos (precisamente um dos pontos abertamente condenados por Lutero), viria a ser, como tentaremos mostrar, um passo mais significativo e decisivo do que uma primeira abordagem poderia fazer supor, mesmo apesar das discussões relativas ao casamento (excepto no respeitante à sua sacramentalidade) não terem conduzido a decisões concretas nessa data. E não apenas pelo facto de constituir um signo absolutamente distintivo em relação aos protestantes, mas, muito especialmente, por ter permitido conferir, dogmaticamente, na célebre sessão XXIV aberta em 11 de novembro de 1563, ao estado matrimonial uma sacramentalidade que, objectivamente, o valorizava espiritualmente, quer em relação aos que, até aí, o viam como um "sacramento de tolerância", quer em relação aos protestantes que, embora elogiando o "estado" matrimonial em detrimento do celibato, não lhe reconheciam qualquer carácter sagrado, porque não reputavam de sacramento." (*sic*) (Maria de Lourdes FERNANDES, 1995, p. 203).

[17] Segundo Eduardo Leite (1991), nenhum teólogo católico do século XVI tinha dúvidas sobre a natureza sacramental do casamento. Nessa nova doutrina paliativa, o casamento passou a conferir graça.

Mais do que dar uma resposta à reforma protestante, essas decisões do Concílio de Trento resultaram também da necessidade de esclarecer e regulamentar alguns pontos de sua doutrina que eram ambíguos entre si ou, que de algum modo, criavam alguma dúvida ou atropelo à doutrina católica do casamento. A intenção da Igreja era, na verdade, dirigida para a correção dos comportamentos e do ritual do casamento (FERNANDES, 1995). Essa intenção fica evidente a partir da análise da redação dos cânones: todos formados por uma doutrina/preceito, seguida de uma punição em caso de transgressão.

Três projetos foram apresentados ao longo dos anos pelo Concílio de Trento. Em 13 de outubro de 1563, o quarto projeto foi apresentado. Ele foi composto por doze cânones *De sacramento matrimonii* e dez cânones *Super reformatione*, cujo primeiro, chamado de *Tametsi*, é relativo aos casamentos clandestinos. O texto definitivo será consagrado na XXIX sessão do Concílio.

O Cânone I, do *De sacramento matrimonii*, elenca o casamento como um dos sete sacramentos da lei evangélica, instituído por Cristo. Aplica um anátema para aqueles que dizem que o casamento não é verdadeiro e propriamente um dos sete sacramentos da lei evangélica, instituído por Cristo. A partir do Concílio de Trento, ratifica-se que o casamento confere graça aos nubentes[18].

Com a publicação do Cânone I, a Igreja passa então a reconhecer o casamento como uma instituição sagrada, não reconhecida formalmente antes, em virtude da valorização do estado virginal e da relação do sexo com o casamento[19]. O casamento deixa de ser feito *solo consenso*, não bastando mais apenas a vontade dos nubentes e os interesses das famílias. O casamento se transforma em um contrato solene, sacramentalizado, que necessita ser ratificado de maneira pública. Há, na história, portanto, uma mudança no *locus* do casamento: da vontade das partes - e do seu livre arbítrio - para a formalidade (GOMES, 1978). Do espaço privado para o espaço público. O contrato de casamento passa a ser divino, requisitando a presença dos

[18] *CANON I.S.q.d. matrimonium non esse vere et proprie unum ex Septem legis evangelicae sactamentis, a Christo Domino insytutum, seda b hominibus in Ecclesia inventum, neque gratiam confere, A.S*. Tradução livre: "Se alguém disser que o casamento não é verdadeiro e propriamente um dos sete sacramentos da lei evangélica, instituído por Cristo, mas que ele é uma invenção dos homens, introduzido na Igreja, e que ele não confere a graça, que seja declarado anátema" (LEITE, 1991, p. 245).

[19] Sobre o assunto, prossegue a historiadora Helen Ulhôa Pimentel: "Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a sacramentalização do casamento não foi implantada desde o início do cristianismo. Somente entre os séculos XI e XIII ela conseguiu se afirmar como resultado de um longo processo, carregado de ambiguidades e de impasses. A defesa da castidade provocava um certo mal-estar com relação ao apoio ao casamento, pois para os teólogos havia uma contradição entre as duas coisas. Venceu o casamento como 'remédio contra a concupiscência', receitada apenas para aqueles fiéis incapazes de se conterem. Defendendo a superioridade e autoridade da matéria espiritual sobre a temporal, do celibato sobre o casamento, colocava-se a Igreja como superior ao poder secular (Helen PIMENTEL, 2005, p. 22).

nubentes, do sacerdote e das testemunhas. A solenidade do ato e o necessário registro civil do casamento encontram seu fundamento aqui (ALVES, 2012).

A instituição do casamento como um sacramento pela Igreja tem, por base, a clara intenção de regular as relações sexuais. A Igreja chama para si a responsabilidade de celebrar os casamentos. A união do homem e da mulher, antes execrada pelos teólogos, passa a ser de exclusiva responsabilidade dos sacerdotes. O objetivo primário da doutrina cristã não foi alcançado, restando tão apenas, o controle das sexualidades pela implementação e valorização do casamento[20]. É por meio deste instituto que a monogamia será implementada e as sexualidades dissidentes apagadas. Se apostava na força política do casamento enquanto um instituto regulador do desregramento moral (PIMENTEL, 2005).

Embora fosse de valor secundário, o casamento constituiu-se em uma importante brecha para que a disciplina da Igreja se implantasse nos desejos, sentimentos e corpos. A sua imposição, representou verdadeira castração dos corpos. O casamento monogâmico constituiu-se em uma das chaves de poder da Igreja. A saída encontrada para regulamentar e domar os prazeres na sociedade (Helen PIMENTEL, 2012).

No tocante à formalização do casamento, Lutero atribui à figura do pai, e não do sacerdote, a sua celebração. A partir do Concílio de Trento, a importância do sacerdote para a celebração do ato resta bem demarcada, pois, para a doutrina católica, "as coisas sagradas não devem ser abandonadas às mãos dos leigos" (LEITE, 1991, p. 239). Nesse ponto, retoma-se a premissa que já foi anteriormente apresentada: o celibato do clero é necessário para que os atos da Igreja sejam a personificação da graça. Os leigos, por estarem entregues ao corpo, não possuem a capacidade para concedê-la (FLANDRIN, 1987).

O sacerdote estava incumbido de algumas funções na celebração do casamento. Era ele quem era o responsável pela averiguação dos impedimentos dos nubentes e pela verificação da quantidade mínima de testemunhas necessárias para testemunhar o ato. Era responsável também pelo registro do matrimônio. Anotava o nome das testemunhas, o dia, a hora e o local em que a celebração foi feita, pois tais informações eram prova de que o casamento foi celebrado, sendo este indissolúvel. Além da figura do sacerdote, outros símbolos marcam

[20] Foucault analisa o casamento como um dispositivo de alianças, que fixa parentescos e transmite bens:
"O dispositivo de aliança se estrutura em torno de um sistema de regras que define o que é permitido e o proibido, o prescrito e o ilícito(...) conta, entre seus objetivos principais, o de reproduzir a trama de relações e manter a lei que as rege. O dispositivo de sexualidade engendra, em troca, uma extensão permanente dos domínios e das formas de controle. Para o primeiro, o que é pertinente é o vínculo entre parceiros com status definido" (FOUCAULT, 2017, p. 116).

também o casamento enquanto um contrato: a presença do dote, as mãos sobrepostas, as promessas e o anel. Sobre o assunto, comentou Mary del Priore:

> Com o surgimento do contrato que passou a exigir a presença de um padre e de testemunhas, a obrigatoriedade da promessa dos esposos, mais a presença do dote, das mãos sobrepostas, do anel e do princípio da indissolubilidade, as fronteiras entre as exigências do sacramento e as outras formas de convívio afetivo foram ficando cada vez maiores. Criou-se uma dicotomia. Por um lado, sentimento regido por normas cada vez mais organizadas além de critérios práticos de escolha do cônjuge: o chamado 'bem querer amistoso'. De outro, o sentimento ditado por razões subjetivas, por vezes, inexplicáveis (DEL PRIORE, 2007, p. 123).

Por meio do Cânone II, a Igreja introduziu a monogamia como um princípio estruturante do casamento. A monogamia, enquanto um dogma cristão, atrai, simultaneamente, a indissolubilidade matrimonial.

> Cânone 2. Se alguém disser que é permitido aos cristãos ter simultaneamente diversas esposas e que isto não é proibido por nenhuma lei divina, que seja declarado anátema (LEITE, 1991, p. 245).[21]

O casamento passa a constituir-se em um sacramento indissolúvel. Apenas com o falecimento de um dos cônjuges o marido – ou a esposa – poderão se casar novamente. A poligamia simultânea, praticada de maneira informal pela sociedade, permanece proibida aos cristãos. Segundo Eduardo Leite (1991), o Concílio agiu de maneira cautelosa ao não tocar na questão da poligamia dos patriarcas, outrora admitida.

O Cânone III[22] estabelece que a Igreja tem o poder de estabelecer outros impedimentos relacionados ao grau de consanguinidade e parentesco para além daqueles presentes no livro bíblico Levítico, do Antigo Testamento. Com a publicação do Cânone, os impedimentos previstos no Levítico passam a não ser mais os únicos considerados pela Igreja. O regramento abre espaço para que sejam regulamentados outros impedimentos matrimoniais, demonstrando que o objetivo maior era, efetivamente, regulamentar a relação matrimonial.

O Cânone IV segue o mesmo sentido do conteúdo fixado no Cânone III: "Se alguém disser que a Igreja não tem o poder de constituir os impedimentos dirimindo o casamento ou que ela errou ao constituí-los, que seja declarado anátema" (LEITE, 1991, p. 246)[23].

---

[21] "*CANON 2 S.q.d. licere christianis plures simul habere uxores, et hoc nulla lege divina esse prohibitum, A.S."*

[22] "*CANON 3, S.q.d. eos tantum consaguinitas et affinitatis gradus, qui Levitico exprimuntur, posse impedire matrimonium contrahendum, et dirimere contractum; nec posse Ecclesian in nonnullis illorum dispensare, aut constituere, ut plures impediant et dirimant, A.S." Tradução: "Se alguém disser que somente os graus de consanguinidade e afinidade expressos no Levítico podem impedir de contrair o casamento ou dirimir o casamento já contraído; que a Igreja não tem poder de dispensar de algum dentre eles, ou que ela não pode estabelecer um número maior de graus que impedem ou dirimem o casamento, que seja declarado anátema." (LEITE, 1991, p. 246).*

[23] "*CANON IV S.q.d Ecclesian non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia, vel in iis constituendis errasse, A.S." (LEITE, 1991, p. 246).*

Como se não bastasse o segundo, no Cânone V, o Concílio vai clarificar ainda mais a indissolubilidade do matrimônio: "Se alguém disser que o vínculo do casamento pode ser dissolvido em razão de heresia, de incompatibilidade de gênios, ou de afastamento simulado por um dos cônjuges, que seja declarado anátema" (LEITE, 1991, p. 246)[24].

O casamento em si já foi uma concessão da Igreja. Sua dissolubilidade jamais seria. Eduardo Leite relata que todos os padres presentes no Concílio foram unânimes em defender a indissolubilidade do vínculo matrimonial. A indissolubilidade seria absoluta, pois não se cogitou em permitir o divórcio aos cristãos. Os nubentes seriam uma só carne, tendo acesso absoluto ao corpo do outro. A indissolubilidade e a monogamia são temas convergentes. A monogamia tem, como vertente, a indissolubilidade. A indissolubilidade, caminha para a monogamia. São ideais cristãos interligados e, por isso, a temática da monogamia sempre aparece acompanhada do casamento e de sua indissolubilidade (ALVES, 2012).

O Cânone VII[25] segue a mesma linha do Cânone V. O desfazimento do vínculo conjugal é, claramente, uma preocupação da Igreja. O Cânone VII aplica uma penalidade para aquele que disser que a Igreja ensinou errado que o vínculo do casamento não pode ser dissolvido pelo adultério de um dos cônjuges. A indissolubilidade reaparece. Os cristãos não podem, nem mesmo, discordar do pensamento cristão. Comete o adultério tanto o marido que abandona a *sua mulher* culpada, quanto a mulher que abandona o seu marido culpado. Ao se casarem, os indivíduos estão presos para o resto das vidas ao outro. Nem mesmo o adultério é capaz de desfazer esse laço (Silvia SANDRI, 2003).

A partir da interpretação do Cânone VII, é possível percebermos uma certa equiparação do adultério ao crime. O cônjuge que não o praticou é chamado é inocente. No entanto, este pode ser considerado adúltero se abandonar o cônjuge que praticou o adultério. Ambos seriam

---

[24] "*CANON V S.q.d. propterhaeresim, aut molestam cohabitationem, aut affectatam a conjuge dissolvi posse matrimonium, A.S". (LEITE, 1991, p. 246).*

[25] "*CANON VII S.q.d. Ecclesiam errare, cum docuit et coet, juxta evangelicam et apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum matrimonii vinculum non posse dissolvi, et utrumque, vel etiam inocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere, moecharique eum, quidimissa adultera aliam duxerit, et eam, quae dimisso adultero alii nupserit, A.S."* Tradução livre: "Se alguém disser que a Igreja errou tendo ensinado e ensinando, segundo a doutrina do Evangelho e dos apóstolos, que o vínculo do casamento não pode ser dissolvido pelo adultério de um dos cônjuges; e que nem um nem o outro, mesmo inocente, que não deu motivo ao adultério, não pode contrair um novo matrimônio enquanto viva a outra parte; mas que cometem adultério, tanto o marido que, tendo abandonado sua mulher culpada, esposa outra, quanto a mulher que tendo abandonado o marido culpado, toma um outro por marido, que seja declarado anátema" (LEITE, 1991, p. 247).

então considerados culpados. Essa doutrina encontra seu fundamento no livro bíblico Mateus 5: 32-19:9; Marcos 10: 11-12; Lucas 16:18; Coríntios 7:11[26].

A regulação do sexo matrimonial, presente nos manuais dos casados e de confissões, reaparece no decreto pelo Cânone VIII[27]. Após se casarem, não poderá haver separação quanto à cama e à coabitação entre o marido e a mulher. A separação não pode se dar nem por tempo determinado.

O Cânone IX tem por objetivo regulamentar a castidade do clero e proibir que se casem, após terem feitos os votos de castidade[28]. Ao proibir o casamento do clero e, por conseguinte, o sexo, o matrimonio continua nas mãos da Igreja como um sacramento. Como já sustentado em outros momentos, a virgindade concede poder ao clero e à Igreja para sacramentar o casamento. Se a castidade lhes fosse retirada, o sacerdote seria equiparado a um indivíduo comum, não fazendo sentido a sacralização do casamento pela Igreja. A castidade do clero é um trunfo da Igreja Católica.

O Cânone X[29] estabelece um anátema para aquele que disser que o estado de casado deve ser preferido ao estado de virgindade ou de celibato, e que não é nem melhor, nem mais feliz permanecer na virgindade ou no celibato do que se casar. O Cânone confirma a tese de que, primariamente, a Igreja valoriza a castidade. A castidade era o objetivo principal da Igreja

---

[26] Mateus 5:32 – "Eu, porém, vis digo: todo aquele que rejeita sua mulher, a faz tornar-se adúltera, a não ser que se trate de matrimônio falso; e todo aquele que desposa uma mulher rejeitada, comete adultério". Mateus 19:9 – "Ora, eu vos declaro que todo aquele que rejeita sua mulher, exceto no caso de matrimônio falso, e esposa uma outra, comete adultério". Marcos 10:11-12 – "E ele disse-lhes: 'Quem repudia sua mulher e se casa com outra, comete adultério contra a primeira. 12. E se a mulher repudia o marido e se casa com outro, comete adultério". Lucas 16:18 – "Todo o que abandonar a sua mulher e casar com outra, comete adultério; e quem se casa com a mulher rejeitada, comete adultério". Cor. 7:11 – "E se ela estiver separada, que fique sem se casar, ou que se reconcilie com seu marido. Igualmente o marido não repudie sua mulher" (LEITE, 1991, p. 248).

[27] "*CANON VIII S.q.d. Ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter cônjuges quoad thorum, seu quoad cohabitationem, ad certum incertumve tempus, fieri posse decernit, A.S".* Tradução livre: "Se alguém disser que a Igreja se engana quando ela declara que, em razão de múltiplas causas, pode se fazer separação quanto à cama e à coabitação, entre marido e mulher, por um tempo determinado ou mesmo indeterminado, que seja declarado anátema" (LEITE, 1991, p. 248).

[28] "*CANON IX S.q.d. clericos in sacris ordinibus constitutos, vel regulares, castitatem solemniter professos, posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse, non obstante lege ecclesiastica vel voto, et oppositum nil aliud esse, quam damnare matrimonium; posseque omnes contahere matrimonium, qui non sentiunt se castitatis, etiamsi eam voverint, habere domum, A.S. cum Deus id recte petentibus non deneget, nec patiatur, nos supra id, quod possumus, tentari".* Tradução livre: "Se alguém disser que os clérigos constituídos nas ordens sagradas ou regulares, tendo feito profissão solene de castidade, podem contrair casamento e que, tendo contraído, ele é válido, apesar da lei eclesiástica ou de seu voto, que sustentar o contrário não é outra coisa senão condenar o casamento; e que podem contrair casamento todos aqueles que não sentem ter o dom da castidade, ainda que tenham feito os votos, que seja declarado anátema. Deus não recusa este dom àquele que lhe pede convenientemente, e não permite que sejamos tentados acima de nossas forças" (LEITE, 1991, p. 248).

[29] "*CANON X S.q.d. statum conjugalem anteponendum esse statui virginitatis vel caelibatus, et non esse melius ac beatius, manere in virginitate aut caelibatu, quam jungi matrimonio, A.S".* Tradução livre: "Se alguém disser que o estado de casado deve ser preferido ao estado de virgindade ou de celibato, e que não é nem melhor, nem mais feliz permanecer na virgindade ou no celibato do que se casar, que seja declarado anátema (LEITE, 1991, p. 249).

Cristã. Confirma também a premissa de que o casamento é um instrumento paliativo ao estado virginal, necessário para a regulação do sexo pela Igreja.

O Cânone XII aplica anátema para o cristão que disser que as causas matrimoniais não são da competência dos juízes eclesiásticos. A Igreja toma para si a tarefa de regulamentar as causas matrimoniais. Nesse ponto, quis reafirmar o seu poder, frente ao crescimento dos reformadores. Não reafirmar esse preceito poderia conceder abertura para que os reformadores tomassem o poder.

Com o Concílio de Trento a Igreja retoma a doutrina clássica do casamento e a reafirma nos Cânones, como forma de fazer frente ao crescimento da reforma protestante. Por meio deles, introduz-se a reafirmação da ideia indiscutível de que o casamento é um contrato solene, que depende da intervenção da Igreja. Reafirma-se também o princípio da monogamia e da indissolubilidade do casamento, que vai se fazer presente no Brasil até meados de 1977, com a promulgação da lei do divórcio. O matrimônio privado, realizado no espaço do lar e apenas com o consentimento dos nubentes e dos pais é profundamente alterado pelo Concílio. O casamento passa a ser qualificado como um contrato formal, realizado no espaço sagrado da Igreja, na presença de testemunhas, do sacerdote e dos nubentes. Todas as causas de divórcio outrora defendidas pelos protestantes são rechaçadas.

Quanto aos casamentos clandestinos, isto é, feitos sem a presença do sacerdote, o Concílio mostra seu inegável desprezo. Esse modelo de casamento poderia desencadear, ao seu ver, a bigamia e a poligamia, na medida em que não haveria controle da Igreja nessas celebrações.

Além dos cânones, são de relevância para essa pesquisa dois capítulos do Decreto *Tametsi*, que foi chamado por esse nome em homenagem ao seu principal articulador. Composto por dez capítulos, regulou temas como o casamento dos *vagi* (vagabundos) e o concubinato.

O Capítulo VII do Decreto *Tametsi*[30] regulamenta as precauções que se deve observar em relação aos *vagabundos*. *Vagabundos*, para o santo concílio, eram aqueles que não tinham residência fixa, pessoas que eram conhecidas por serem desonestas, tendo, frequentemente, abandonado o primeiro cônjuge, casando-se com outros, e até mesmo com vários, em diferentes lugares. A Igreja categorizava essas pessoas e determina uma série de "precauções" que deveriam ser observadas para que o matrimônio fosse feito. O casamento dos *vagi* só poderia ser realizado após uma investigação diligente sobre seus passados. A recomendação era também dada ao magistrado secular. A cuidadosa investigação e a licença do bispo para casar essas

[30] A versão do Decreto consultada se faz presente nos anexos da obra *Origem e Evolução do Casamento,* de Eduardo Leite.

pessoas era necessária, na visão da Igreja, para evitar casos de bigamia ou poligamia, frequentemente praticados.[31]

O Capítulo VIII, por sua vez, trata das punições destinadas ao concubinato. Para o homem solteiro, constituía-se em um grave pecado. Para os casados, em gravíssimo pecado, por representar desprezo aos preceitos cristãos – monogamia enquanto um princípio -, e ao casamento – enquanto um sacramento sagrado. O concubinato era considerado um *grande mal* pela Igreja, razão pela qual queria extingui-lo por meio das punições. Se os homens, casados ou solteiros, fossem advertidos pela Igreja e não abandonassem seu estado de adúltero, seriam atingidos pela excomunhão e não seriam absolvidos enquanto a situação não se findasse. Se o estado persistisse por um ano, a Igreja iria fazer a intromissão como se o caso fosse criminoso.

As penalidades impostas às mulheres eram outras. As concubinas, casadas ou não, se depois de terem sido advertidas não deixassem o estado de adultério, seriam castigadas *rigorosamente,* conforme a gravidade do seu erro. Além de serem excomungadas como os homens, elas ainda seriam expulsas da cidade. Se a Igreja achasse necessário e apropriado, ainda recorreriam para o braço secular.

O casamento religioso, nos moldes tridentinos, sobrevive até hoje. Apenas em 1791, a Revolução Francesa, pretendendo a secularização do Estado, inaugura o casamento civil. No Brasil não foi diferente. Apenas em 1890 se instituiu, por meio do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o casamento civil. Na metade do século XX, esse instituto ainda causava muitas polêmicas na sociedade brasileira, razão pela qual em 1950 foi promulgada lei regulamentando os efeitos civis do casamento religioso (GOMES, 1978).

Embora o casamento civil tenha sido implementado, o regramento de Direito de Família foi, em grande parte, baseado nos ideais introduzidos pelo Concílio de Trento. O Concílio estatuiu normas que vão impactar toda a produção jurídica da modernidade envolvendo o casamento e a monogamia. Já dizia Orlando Gomes, em 1978, que são de origem canônica muitas das disposições legais consagradas no Código Civil de 1916, e não é diferente em relação ao Código Civil de 2002.

Esta seção nos concederá suporte para analisarmos a construção da monogamia e do casamento tridentino na história da legislação brasileira e suas introduções no Código Civil de

[31] Sobre o assunto prossegue Maria de Lurdes Correia Fernandes: "São ainda divulgadas as determinações que visam a protecção da indissolubilidade e monogamia, como a não celebração de matrimónios de 'vadios' sem cuidadosa verificação e licença do bispo (para evitar casos de bigamia e poligamia, frequentes em tais situações) e a verificação dos casos de mancebia, terminando com as referências aos períodos em que se podiam realizar as 'vodas solenes': do Advento ao dia da Epifania e festa dos Reis e da quarta-feira santa até oito dias depois da Páscoa, inclusive" (FERNANDES, 1995, p. 205).

2002. É inegável que preceitos de ordem cristã ainda se fazem presentes na legislação civilista, a exemplo da fidelidade, do débito conjugal e da vida em comum, no domicílio conjugal – elencadas dentre os deveres conjugais no art. 1.566 do Código Civil de 2002. A construção histórica dessa temática nos concederá suporte também para a investigação dos julgados prolatados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, pois também é inegável que preceitos cristãos, mesmo diante da laicização do Estado, ainda se fazem presentes nessas análises.

Ainda que sob uma perspectiva preliminar, argumenta-se que a punição majorada para as mulheres, implementada pelo Concílio de Trento para os casos de adultério, também é vista na atuação dos Tribunais Superiores na atualidade. A partir da análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros, observa-se que as maiores vítimas da implementação da monogamia como um dogma e, portanto, como um princípio do direito, são as mulheres. Taxadas de concubinas e amantes, saem de suas relações afetivas apenas com a mágoa e as memórias do passado, memórias essas que os Tribunais buscam constantemente apagar.

A majoração dessas punições para as mulheres e a introdução da monogamia e do casamento enquanto um contrato sexual, aprisionador de mulheres, podem ser observadas de maneira gradativa na história do Brasil Colônia e das legislações brasileiras, a começar pelas Ordenações Filipinas e pelas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, que regeram o Brasil no período colonial.

1.4 A mulher maligna e o seu controle por meio do casamento

Impulsionados pelos dogmas cristãos formalizados em Trento, ainda no século XVI, moralistas portugueses e espanhóis passaram a se dedicar ao casamento. Por meio de suas doutrinas, defendiam o casamento e não mais o celibato propriamente, sendo este destinado, primordialmente, para aqueles que quisessem seguir o sacerdócio. A defesa do casamento, todavia, não foi implementada como um discurso único. O casamento só seria bom se a autoridade patriarcal do homem fosse nele exercida, impondo-se sobre as esposas a ponto de dominá-las.

Ronaldo Vainfas, na obra *Trópico dos Pecados* (2010), nos explica que, ao longo da história, criou-se, sob o impulso cristão, representações negativas sobre as mulheres. Disseminou-se a imagem de que elas são traidoras, desonrosas, malignas, gastadeiras, lascívias e destruidoras dos maridos. Essas representações foram personificadas não só pela Igreja, que buscou a todo momento controlar, principalmente, o prazer da mulher pela monogamia, mas

pela literatura da época. Os médicos também endossaram o discurso misógino de inferioridade biológica da mulher e pregavam que ela era um ser biologicamente frágil, melancólico, de natureza imbecil. A inferioridade física teria sido criada propositalmente por Deus, que modelou seus corpos à mão (Mary DEL PRIORE, 2009).

O Escritor Português João de Barros, por exemplo, escreveu sobre os graves riscos de contrair o estado conjugal, ante a essas *desvirtudes* da mulher. "Não há víbora que tenha tanta peçonha como a língua de uma mulher" (BARROS apud VAINFAS, 2010, p. 125), avisava João de Barros aos que pretendiam se casar e aos casados, seguindo os conselhos dos padres e teólogos da época[32]. Ante a malignidade impregnada em seus corpos e suas almas desde Eva, elas eram consideradas como o grande perigo que cercava os homens antes de se casarem e, principalmente, depois, a menos que pudessem, pelo casamento, controlá-las, inferiorizá-las e dominá-las. "Seja como for, era a mulher, por sua perfídia natural, o grande perigo que rondava os homens antes de se casarem, e sobretudo depois, a menos que a pudessem subjugar" (VAINFAS, 2010, p. 126).

Jean Delumeau, em *A História do Medo no Ocidente*, analisou a trajetória da misoginia na história e a demonização de mulheres, que tiveram origem em um passado remoto. Contrabalanceando o poder exercido sobre as mulheres, imperava o sentimento de medo[33] nos homens, ante ao mistério do corpo feminino. Tinham a capacidade de seduzi-los, com seus

---

[32] Vainfas sustenta que João de Barros seguia a mesma linha de conselhos de Crisóstomo. Em suas homilias, Crisóstomo escreveu verdadeiros tratados sobre o estado matrimonial. Sobre o assunto, comenta Foucault, na obra *História da Sexualidade 4: Confissões da Carne:* "Uma multiplicidade de questões muito concretas é nelas visada: como educar as crianças em vista do casamento, como escolher uma esposa, como se deve desenvolver a cerimônia do casamento, como se conduzir com a própria mulher na vida do dia a dia, a que princípio de economia submeter as relações sexuais etc." (FOUCAULT, 2020, p. 318). A visão cristã do homem como chefe de família, como a cabeça da relação, e consequentemente a mulher como incapaz de gerir a relação foi, inegavelmente, transpassado para a literatura da época. Sobre a visão cristã de Crisóstomo, ainda comentou Foucault: "Ela faz do casamento a figura que representa de modo sensível o laço que o Cristo estabelece com a Igreja. Ele é o Esposo, ele é a alma, e ele é a cabeça; é aquele que comanda, enquanto ela é a noiva; ela é o corpo de sua alma e o membro do seu corpo; deve obedecer-lhe" (FOUCAULT, 2020, p. 323).

[33] Jean Delumeau comenta que o sentimento de medo causado aos homens, foi acompanhado pela inferiorização da mulher: "Mas deixemos as pesadas obras dos casuístas pelas bagatelas dos manuais de confessores e, em particular, pelas célebres *Instruções aos confessores* de São Carlos Borromeu, que a Igreja pós-Tridentina reeditou incansavelmente, durante vários séculos, em todas as dioceses da catolicidade. Então veremos ao vivo como a autoridade eclesiástica difundiu ao nível mais amplo o medo pânico da mulher e o dogma de sua fundamental inferioridade. Lembremos contudo, como contraponto, que uma visitação canônica efetuada na Baviera na época do Concílio de Trento revelou que ali apenas 3 ou 4% dos padres não viviam em concubinato. Diante de tal flagelo, uma sociedade religiosa de dominância masculina – e que pretendia conservar esse privilégio – só podia reagir de forma desmedida. Satã introduzira-se no lugar." (DELUMEAU, 2009, p. 491). Nem mesmo os confessores saberiam adotar as precauções necessárias para lidar com as mulheres penitentes. Prossegue Delumeau: " Para São Carlos Borromeu, o confessor não saberia tomar precauções em demasia com as penitentes. Não as receberá se elas se apresentarem com 'cabelos frisados, rostos pintados e rebocados, brincos ou outros semelhantes ornamentos cheios de vaidade (…). Assim, para a Igreja católica de então, o padre é um ser constantemente em perigo, e seu grande inimigo é a mulher. A esse respeito, ele não é vigiado – e não se vigia – jamais suficientemente." (DELUMEAU, 2009, p. 491).

cheiros e toques e, ao mesmo tempo, de repeli-los, com a menstruação e as secreções do parto. A fascinante capacidade sedutora das mulheres deveria, então, aos olhos masculinos, ser adestrada (DEL PRIORE, 2009).

Nem mesmo os confessores estariam imunes à sedução de mulheres. Elas integravam um território desconhecido, que deveria ser *explorado* por eles com cautela. Esses desconhecidos *poderes*, nos conta Mary del Priore (2009), constantemente submetiam as mulheres aos rituais purificatórios e interdições eclesiásticas. O mistério que ronda o corpo das mulheres é reconhecido também por Simone de Beauvoir, em *O Segundo Sexo.* Em suas palavras, o sexo feminino chega a ser misterioso para a própria mulher, oculto e atormentado (Simone de BEAUVOIR, 2016).

Solteiras, precisavam ser controladas pelo matrimônio. Casadas, precisavam ser adestradas pelos seus respectivos maridos. Seja em que estado for, elas eram o "diabo doméstico":

> Juíza da sexualidade masculina, a mulher era ainda estigmatizada com a pecha da insaciabilidade. Seu sexo assemelhava-se a uma voragem, a um rodamoinho a sugar desejos e fraquezas masculinas. Unindo, portanto, o horrendo e o fascinante, a atitude ameaçadora da mulher obrigava o homem a adestrá-la. Seria impossível conviver impunemente com tanto perigo, com tal demônio em forma de gente.
> Considerada também um "diabo doméstico", ela fora pintada na literatura da época clássica como um poço de vícios digno dos filhos das trevas: enganadora, melíflua, concupiscente, fétida, infecta, gastadora, desbocada, esta mulher sem qualidades foi cantada em prosa e verso no período sobre o qual discorre este trabalho (DEL PRIORE, 2009, p. 33).

Aliados aos preceitos tridentinos, os principais objetivos dos moralistas da contrarreforma interligavam-se então à prescrição da austeridade sexual e ao casamento. Instaurou-se uma verdadeira propaganda do casamento. Dirigidos aos homens, distribuiu-se diversos folhetins com as regras para a escolha de uma *boa* esposa, para o governo da casa e para a neutralização dos *defeitos femininos*[34], essenciais para a qualidade de vida do esposo. Os folhetins destinados às mulheres estimulavam-nas à obediência, à fidelidade, à humilhação, ao recato e tudo mais o que fosse necessário para fazer delas uma *boa esposa*, sob o olhar masculino, mães exemplares e cristãs recatadas. Em relação à humilhação e obediência, relatou Vainfas sobre os folhetins destinados às mulheres: "Num deles, *Conversação entre duas vizinhas…,* certa mulher que reclamava dos murros e das bofetadas do marido ouvira o seguinte conselho: 'sofra, cale […], e peça ao céu que se compadeça da sua infelicidade" (2010, p. 133).

[34] Como veremos adiante, no Brasil Colônia foram instaladas as casas de recolhimentos para as mulheres, destinadas à correção dos seus defeitos e impulsos indesejados.

E prossegue: “Quem sabe assim transformar-se-iam os murros em ‘doces laços’, ‘as injúrias em carinhos’, ‘e os pontapés em afagos’” (2010, p. 133).

Condenava-se o casamento revestido de amor, vez que esse sentimento poderia desencadear a desordem mental do homem e o seu descontrole para com o poder exercido sob sua esposa. O matrimônio, enquanto um contrato, deveria ser contraído com racionalidade e frieza, necessárias para que a dominação masculina fosse devidamente exercida[35].

Como já demonstrado ao longo desta pesquisa, além da dominação das mulheres, o discurso tridentino disseminou o chamado *débito conjugal entre os cônjuges*. A partir do momento em que o casamento fosse celebrado, o esposo e a esposa estariam em eterno débito sexual em relação ao outro. O sexo era uma obrigação e deveria ser feito todas as vezes que o cônjuge externasse vontade. O poder do esposo era também exercido em âmbito sexual. A mulher, então, era obrigada a ceder às suas intromissões abusivas. O sexo era requisito primordial ao funcionamento do matrimônio. Desprovida de prazer e completamente dominada, à mulher só cabia a posição de receptora do sêmen do marido.

Os discursos morais e religiosos criados para regulamentar a vida doméstica de uma maneira *saudável* foram sempre acompanhados das representações inferiorizadas e negativas da mulher em matéria intelectual e espiritual. Ressaltava-se a sua incapacidade mental, a irresponsabilidade financeira, a deficiência em exercer o papel de comando e, principalmente, a sua predisposição para a infidelidade conjugal. “‘Considerai todos os estragos que têm feito no mundo o pecado da desonestidade, e achareis que as mulheres foram a origem, e as mulheres a causa’, pregaria Vieira, resumindo o sentimento geral” (VAINFAS, 2010, p. 130). A mulher era produto do diabo e, por isso, deveria ser encarada com cautela pelos esposos. A cautela era pregada com fundamentos de ordem teológica (DELUMEAU, 2009). Por serem destinadas ao mal, tarefas, essencialmente domésticas, deveriam ser imputadas às mulheres, com o objetivo de não deixar a mente ociosa para produzir pensamentos malignos e infiéis. Citando São Bernardino de Siena, comentou Jean Delumeau:

> Embora a maior parte dos sermões de outrora esteja perdida, aqueles que nos restam deixam adivinhar bem que foram frequentemente os veículos e os multiplicadores de uma misoginia com base teológica: a mulher é um ser predestinado ao mal. Assim, jamais tomaremos precauções suficientes contra ela. Se não a ocupamos com sãs tarefas, em que não pensará ela? Escutemos pregar são Bernardino de Siena:
> É preciso varrer a casa? – Sim. – Sim. Faze-a varrê-la. É preciso lavar de novo as tigelas? Faze-a lavá-las. É preciso peneirar? Faze-a peneirar, faze-a então peneirar. É preciso lavar a roupa? Faze-a lavá-la em casa. – Mas há a criada! – Que haja a criada. Deixa fazer a ela [a esposa], não por necessidade de que seja ela que o faça, mas para

[35] A aversão ao casamento por amor pela reforma católica foi também uma forma de fazer frente ao pensamento protestante, que consideravam o amor essencial para o êxito do casamento.

> dar-lhe exercício. Fazer-a vigiar as crianças, lavar os cueiros e tudo. Se tu não a habituas a fazer tudo, ela se tornará um bom pedacinho de carne. Não lhes deixes comodidades, eu te digo. Enquanto a mantiveres atenta, ela não permanecerá à janela, e não lhe passará pela cabeça ora uma coisa, ora outra (DELUMEAU, 2009, p. 477).

Para evitar que as mulheres sofressem influências externas à casa, os manuais moralistas do casamento "aconselhavam" a limitação da leitura, a restrição de visitas, a correção – empregada, como veremos, com violência – de atitudes indesejáveis, controle sobre as falas, gestos, sorrisos e gesticulações. Recomendava-se que tudo na esposa fosse podado sob o olhar do homem. Somente com tantas restrições a mulher seria moldada o suficiente para proporcionar um *bem viver* para o esposo.

Em contrapartida, os moralistas também pregavam que elas deveriam *obedecer* aos comandos masculinos do seu esposo, sob pena de serem castigadas. Deveriam também se *conformar* com o poder de mando e desmando que eles exerciam sob suas vidas – como veremos, no Brasil Colônia, o marido terá até mesmo poder de vida ou morte sobre a esposa – e ter *medo* do seu poder. Por meio dessa tríade, o poder do homem era inevitavelmente legitimado no matrimônio, não restando à esposa outra saída senão se sujeitar ao contrato sexual (PATEMAN, 1993).

Os comandos moralistas e religiosos e as representações diabólicas das mulheres não ficaram apenas no plano das abstrações, mas exerceram influência direta nas mentalidades da sociedade europeia. A mentalidade da sociedade, portanto, não ficou imune aos comandos misóginos veiculados pela Igreja e pela literatura. O caráter androcêntrico enraizado na sociedade europeia foi transferido para o Brasil Colônia. As representações da *mulher satã* e os discursos misóginos da monogamia e do casamento são incorporados pela Colônia como, nas palavras de Mary del Priore (2009), uma espécie de antídoto contra a possibilidade de rebeldia das mulheres no interior do matrimônio.

1.5 A regulação dos corpos no Brasil Colônia pela imposição da monogamia e o controle de mulheres: das Ordenações Filipinas ao Arcebispado da Bahia

Os ditames eclesiásticos do Concílio de Trento espalharam-se pela Europa desde o século XVI[36]. Em Portugal, foram oficialmente recebidos por meio do Alvará de 12 de setembro

[36] Laura de Mello e Souza conta que, entre os séculos XVI e XVIII, a Igreja encontrou dificuldades para implementar as normas do Concílio de Trento na própria Europa. Documentos históricos relatam populações europeias e padres completamente desinformados acerca das decisões eclesiásticas. O desconhecimento e a ausência de implementação das regras levaram a alguns autores nomear esse universo de crenças de "cristianismo de fachada" (Laura SOUZA, 1986).

de 1564. A partir deste período, toda a legislação lusitana passou a ser adequada com base nos novos ditames eclesiásticos. Contudo, os preceitos formalizados no Concílio de Trento não se limitaram apenas à Europa. Antes de o Concílio se findar, em 1549, os primeiros padres da Companhia de Jesus chegavam ao Brasil para implementar e catequisar os que aqui viviam com base nas normas que vinham sendo, pouco a pouco, implementadas.

A expansão católica para além do Velho Mundo não foi, primariamente, uma prioridade do Concílio. O principal objetivo foi, antes de tudo, atacar os novos preceitos protestantes e reafirmar os dogmas e princípios da Igreja Católica, como forma de protegê-la das novas ideias. Contudo, no decorrer do Concílio, no século XVI, a Igreja, além de atacar esses preceitos, também introduziu, dentre os seus objetivos, a missão de expandir os ideais da contrarreforma para além da Europa.

No século XVII, a expansão dos preceitos da contrarreforma, estabelecidos no Concílio, ganhou um contorno mais institucional com a criação da Sagrada Congregação da Propaganda da Fé. Sob direção do Monsenhor Francisco Ingoli, buscou-se implementar a obra missionária da Igreja, movida pela contrarreforma, para o novo mundo descoberto pelos portugueses: o Brasil (VAINFAS, 2010).

Em que pese as dificuldades encontradas pelos padres que foram enviados pela Companhia, pouco a pouco, a Igreja foi organizada. Somente em 1707, pelo Arcebispado da Bahia, foi criada a primeira constituição da Igreja no Brasil. O então Arcebispo da Bahia Sebastião Monteiro da Vide criou as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia. Conjuntamente com a Constituição do Arcebispado da Bahia, o Brasil, colônia de Portugal, era regido pelas Ordenações Filipinas.

Foi por meio das missões que as normas da contrarreforma penetraram no Brasil. A missão da catequização e divulgação da fé cristã, foi acompanhada por uma estratégia ofensiva e castradora da Igreja: "Desculturação e catequese das massas, demonização e aculturação dos campos, nisso residiu, em grande medida, o essencial da Reforma Católica em sua ambição mundial" (VAINFAS, 2010, p. 32).

A demonização dos costumes pôde ser vista a partir da descrição dos ameríndios pelos portugueses recém-chegados no Brasil. Com fisionomia, cor e costumes diferentes das dos europeus, os portugueses equipararam os ameríndios à animalidade[37], à humanidade

[37] Sobre o tema, comenta Laura de Mello e Souza sobre Manoel da Nóbrega, quem liderou a primeira missão dos jesuítas para o Brasil: "Mas foi Nóbrega quem mais se debateu com a animalidade do indígena brasileiro. Nas cartas ou no *Diálogo*, suas ideias se repetem, 'o jesuíta bate sempre nas mesmas teclas [...] e tanto mais abertamente quando mais anos passam'. Os índios "são cães em se comerem e matarem, e são porcos nos vícios e na maneira

descivilizada, inferior e diabólica. Laura de Mello e Souza, na obra *Diabo e a Terra de Santa Cruz*, mostra a frequente recorrência às crenças antigas e obras medievais para comparar o *homem selvagem* aos monstros medievais. O indígena seria monstro por ter sua localização geográfica afastada, por sua nudez e seus hábitos, que não eram movidos pelas regras morais eurocêntricas.

O aumento do pudor com o passar dos séculos, sustentado por Norbert Elias e reiterado por Michel Foucault, também pôde ser visualizado no Brasil Colônia. A nudez dos índios representava um verdadeiro escândalo para os europeus, que tentaram, a todo custo, vesti-los. Nesse ponto, a demonização foi maior ainda sob o nu das mulheres indígenas, que excitavam os colonizadores e o incitavam, sob o olhar da Igreja, a praticar o pecado. A catequização teve, a todo custo, a missão de ocultar os seus corpos para evitar a fornicação.

A mulher ganha um protagonismo maior na equiparação dos ameríndios à monstruosidade. A hostilidade contra a figura da mulher, enraizada na população portuguesa, foi transferida para o Brasil Colônia. “Desenvolvida em meio a tantos medos, a colonização do Brasil não poderia deixar de refletir essas concepções sobre a periculosidade da mulher, correntes em todo o mundo ocidental” (PIMENTEL, 2012, p. 78-79). A imagem das mulheres, representadas em diversas gravuras, continuou a ser interligada ao perigo e ao mal. Seus corpos eram uma ponte para que pecados fossem cometidos. A criação desse imaginário sobre a figura da mulher repercutiu na forma em que as legislações se aplicavam para elas. Como veremos, as Ordenações Filipinas e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, aliados às normas de Trento, domesticaram e controlaram, principalmente, as mulheres. Elas eram consideradas uma ameaça ao controle dos prazeres e do sexo, tão almejados pela contrarreforma.

Sobre a demonização das mulheres, comenta Mary del Priore, na obra *Ao Sul do Corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia* que, para se dar ao sacramento a dimensão de organização social e para se disciplinar a mulher nele, justificava-se a dominação masculina em virtude da *intemperança* e *lascívia* das mulheres. Para tanto, recorria-se às Escrituras Bíblicas e aos autores patrológicos, que se referiam à figura do Adão induzido em tentação por Eva, e não Eva por Adão. Por isso, seria justo que o homem assumisse o governo da mulher. A criação desse imaginário pecaminoso sobre a mulher esvaziou as possibilidades de iniciativa de mulheres para quebrar com a falsa igualdade matrimonial (DEL

---

de se tratarem”: esta passagem famosa segue dizendo que os padres chegavam do reino achando que converteriam ‘a todo o Brasil em uma hora’, sendo entretanto necessário mais de um ano para converter um só índio, tal a ‘sua rudeza e bestialidade” (SOUZA, 1986, p. 58).

PRIORE, 2009). Nesse ponto, faz-se uma provocação: será que a história nos deixou alguma herança em relação ao controle das mulheres pela imposição do casamento?

A demonização da nudez, vista sob um tom de promiscuidade, foi acompanhada também pela demonização dos costumes relacionais dos ameríndios, que não seguiam o modelo monogâmico, implementado e reiterado pela Igreja, a partir de Trento. Havia, para os olhos europeus, o mais absoluto *desregramento sexua*l (FREYRE, 2003, p. 161)[38]. A poligamia e poliandria prevaleciam. Não havia restrição sexual em relação ao parentesco, também implementado e formalizado pela contrarreforma. Se uniam ao pai, à mãe, ao irmão, aos primos e tios. Poligamia, fornicação e incesto marcavam, portanto, as relações desregradas e, por isso, eram considerados "sujíssimos no vício da carne" [39] (VAINFAS, 2010).

Aplicado na Europa para controlar os corpos e os prazeres, no Brasil Colônia, a Igreja também viu, no casamento, o remédio para a concupiscência, a solução para o desregramento sexual. A implementação desse mecanismo castrador foi acompanhada pela *instrução* moral eurocêntrica cristã e pela demonização dos costumes e práticas. Historiadores como Ronaldo Vainfas, Helen Ulhôa e Laura de Mello entendem que a implementação do casamento monogâmico esteve na base da aculturação do Brasil. As cartas enviadas no século XVI indicam que o casamento teria se tornado em verdadeira obsessão dos sacerdotes enviados pela Companhia de Jesus ao Brasil. O objetivo ideal da Igreja era, na colônia, casar os índios observando as regras do Concílio de Trento. Ainda que flexibilizadas, a Igreja se utilizou das normas que vinham sendo adotadas pelo Concílio de Trento para controlar os corpos pelo casamento e acabar com o desregramento sexual até então vivenciado. A monogamia foi, portanto, através do casamento, um elemento normalizador essencial na colonização do Brasil.

Sobre o esforço da Igreja em implementar a moral cristã no Brasil, ante ao *desregramento sexual*, comenta Gilberto Freyre[40]:

---

[38] Há que se destacar que os portugueses colonizadores – e parcela significativa do clero - também adotaram os costumes dos ameríndios em matéria relacional. Ao chegarem no Brasil, deixaram de lado os antigos costumes monogâmicos, unindo-se à várias mulheres que lhes geravam um elevado número de filhos (FREYRE, 2003).

[39] Sobre o tema, também comenta Gilberto Freyre: "O ambiente em que começou a vida brasileira foi de quase intoxicação sexual. O europeu saltava em terra escorregando em índia nua; os próprios padres da Companhia precisavam descer com cuidado, senão atolavam o pé em carne. Muitos clérigos, dos outros, deixaram-se contaminar pela devassidão. As mulheres eram as primeiras a se entregarem aos brancos, as mais ardentes indo esfregar-se nas pernas desses que supunham deuses. Davam-se ao europeu por um pente ou um caco de espelho" (FREYRE, 2003, p. 161). O autor reproduz a imagem da índia como perversa, como maligna e sexualmente irregular. Em outro determinado momento, o autor se contradiz ao afirmar que o conquistador português era, na verdade, o mais luxurioso: "Era natural a europeus surpreendidos por uma moral sexual tão diversa da sua concluírem pela extrema luxúria dos indígenas; entretanto, dos dois povos, o conquistador talvez fosse o mais luxurioso" (FREYRE, 2003, p. 169).

[40] Além de reproduzir a imagem da mulher como incitadora do pecado, a linguagem de Gilberto Freyre, em determinados momentos, incorpora uma visão eurocêntrica ao se referir à cultura do Brasil. Em várias passagens,

> Era ponto, naturalmente, esse de variar marido de mulher e mulher de marido, com o qual não podia transigir, nem transigia no Brasil, a moral católica: isto é, a dura, ortodoxa, representada pelos padres da Companhia. Destes o esforço no sentido de fazer praticar na colônia estrita monogamia teve que ser tremendo. E não só entre os índios batizados como entre os colonos portugueses, a quem os próprios clérigos, em conflito com os jesuítas, facilitavam a livre união "com as negras". Já afeiçoados à poligamia pelo contato com os mouros, os portugueses encontraram na moral sexual dos ameríndios o campo fácil onde expandir-se aquela sua tendência, de moçárabes (nos últimos dois séculos um tanto recalcada e agora de repente solta), para viverem com muitas mulheres (FREYRE, 2003, p. 168).

Em que pese o esforço da Igreja em controlar os prazeres, a história nos mostra que o casamento, embora difundido pelo Brasil ao longo da colonização foi, essencialmente, um mecanismo utilizado pelos brancos e nobres. Aos desclassificados – como índios, negros, escravos, mulatos – foi destinado o concubinato. O concubinato foi, por excelência, uma realidade dos desclassificados (VAINFAS, 2010).

Embora a Igreja não tenha tido a intenção precisamente de elitizar o casamento, tendo em vista o seu objetivo primário de domesticar os corpos, a história mostra – ao contrário do que sugere Gilberto Freyre[41] - que o casamento religioso era burocrático e custoso financeiramente, fazendo com que apenas a elite colonial tivesse pleno acesso. A escassez do casamento esteve, portanto, mais ligada à burocratização e aos custos financeiros do que, propriamente, à vontade de se casar. De fato, a legislação vigente à época – as Ordenações Filipinas e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia – favoreceram o concubinato[42]. O casamento, no entanto, era interessante para a elite do Brasil, para ascender, por exemplo, aos cargos públicos (FREYRE, 2003).

---

ao tratar da colonização, refere-se ao Brasil como uma cultura atrasada em relação à Europa: "Entre as populações nativas da América, dominadas pelo colono ou pelo missionário, a degradação moral foi completa, como sempre acontece ao juntar-se uma cultura, já adiantada, com outra atrasada" (FREYRE, 2003, p. 177).

[41] Jessé Souza, na obra *A Ralé Brasileira*, faz uma crítica à tese romântica de Freyre que defende, precisamente, a unidade substancial dos brasileiros num todo unitário e tendencialmente harmônico. Por meio do discurso do orgulho dos mestiços, introduziu a ideia de que estamos todos na mesma situação e que devemos ter orgulho do que construímos, difundindo a tese de que a sociedade brasileira se une com harmonia aos opostos. Sobre o assunto, Jessé Souza, comenta: "O elogio da unidade, da homogeneidade, da índole pacífica do povo brasileiro, do encobrimento e da negação de conflitos de toda espécie, assim como, no outro polo, a demonização da crítica e da explicitação de conflitos e das diferenças, ganham, a partir desse contexto discursivo e até nossos dias, sua articulação e legitimação máximas. A negação dos conflitos de toda espécie passa a ser percebida como atributo 'positivo', agora 'articulado', explicitado e desenvolvido como ideia e não, como antes, uma prática inconfessável. Está criado o nosso DNA simbólico, o DNA simbólico do Brasil moderno, um conjunto de ideias que legitimam práticas sociais e institucionais de toda espécie que se destinam, em uma instância, a retirar qualquer legitimidade do diferente e da diferença" (2009, p. 38). O amor e a união entre as raças e culturas, que comporiam a "brasilidade", esconde o processo real que desencadeou esse "resultado".

[42] A ilegitimidade dos filhos alcançou o índice de 90% das crianças nascidas em Minas Gerais, entre os anos de 1719 e 1723 (SOUZA, 1986). São dados indicativos, que variam a depender do momento na história e da região, de que a maior parte da população relacionava-se sem estar no estado de casado, fugindo, então, do controle da Igreja.

Em que pese o elevado número de ilegitimidades no Brasil Colônia, pesquisas recentes indicam que, na época moderna, a bigamia enquanto um delito, se tornou popular. A sua popularidade, segundo Ronaldo Vainfas (2010), concede-nos indícios de que o casamento foi mais difundido do que se pensava, em um primeiro momento. A difusão do casamento, também nos indica os progressos e os fracassos do Concílio de Trento na colônia: progresso porque, pelas confissões dos bígamos, os matrimônios já vinham sendo realizados nos moldes do casamento tridentino; e fracasso em virtude de o elevado número de casos envolvendo a bigamia, sendo estes indicativos de que os regramentos tridentinos não estavam sendo cumpridos.

A Igreja tratou de implementar o casamento monogâmico em todas as camadas da sociedade[43]. Entre escravos – que, na maioria dos casos, não eram aceitos pelos senhores, por considerá-los um objeto e por medo de o matrimônio alforriá-los -, índios, pobres e negros. Mesmo nos casos dos matrimônios interraciais – dos quais a história também tem registro – a Igreja incentivou o casamento enquanto um sacramento, união sagrada. Perseguiu as relações *irregulares*, também chamadas pelos historiadores de amancebamento, ameaçava os senhores que não casavam e não incentivavam o casamento entre os escravos. Com seus mecanismos punitivos, ameaçavam e perseguiam todos aqueles que buscavam transgredir as normas da Igreja, todos aqueles que eram indóceis e desobedientes à ordem cristã. Disseminou-se a pastoral do medo (VAINFAS, 2010).

É possível percebermos que a política colonizadora da monarquia se chocava com os ideais da Igreja Católica. Enquanto o Estado tinha por objetivo primário povoar a terra a todo o custo, visando a produção e a mão de obra, mesmo que sob pecado, a Igreja tinha a intenção de povoar sob as regras de Trento. Ante a escassez da população portuguesa e a limitada capacidade migratória, o Estado Português tinha a intenção de produzir, o quanto antes, mão de obra, não se preocupando, propriamente, com os regramentos tridentinos[44] (FREYRE, 2003). A mulher gentia é considerada a base da formação familiar brasileira, elemento valioso de cultura na formação da sociedade.

Contudo, a despeito do evidente *desregramento* sexual, visto principalmente com a chegada dos jesuítas ao Brasil, pouco a pouco, o Estado Português também se preocupará com

[43] Vainfas (2010) comenta que o casamento arranjado era uma prática comumente feita entre a elite colonial e entre a camada humilde da sociedade. Após os 14 anos, as mulheres já eram consideradas aptas a se casarem.

[44] Sobre os interesses do Estado, comenta Freyre: "A luxúria dos indivíduos, soltos em família, no meio da indiada nua, vinha servir a poderosas razões de Estado no sentido de rápido povoamento mestiço na terra nova. E o certo é que sobre a mulher gentia fundou-se e desenvolveu-se através dos séculos XVI e XVII o grosso da sociedade colonial, em um largo e profundo mestiçamento, que a interferência dos padres da Companhia salvou de resolver-se todo em libertinagem para em grande parte regularizar-se em casamento cristão" (FREYRE, 2003, p. 161).

o controle dos prazeres na colônia, visando uma sociedade mais casta e regrada. As Ordenações Filipinas, embora caracterizadas como norma civil, pertencentes, originariamente, à Portugal, incorporaram em seu texto diversos preceitos e dogmas cristãos presentes no Concílio de Trento, a exemplo do casamento, enquanto um contrato, e o adultério. Junto com as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, regularam o sexo na colônia e destinaram, às mulheres, um local bem demarcado: o da exploração e vulnerabilidade. O aspecto androcêntrico e misógino da sociedade europeia foi incorporado pela Colônia. Com a ajuda dos jesuítas, introduziu-se e disseminou-se regras implementadoras de desigualdades entre homens e mulheres. A dominação masculina na Colônia aparece, como veremos, como uma espécie de antídoto para a possibilidade de uma rebelião da mulher no interior do casamento. Um antídoto para o corpo e aos pecados que incitava.

Apesar de o Concílio de Trento transformar o casamento em um contrato, que pressupõe a concordância entre duas pessoas, a troca, elemento essencial do contrato social, não é bem demarcada no casamento, pois não havia, precisamente, uma troca de objetos. O casamento tinha por objetivo implementar relações sociais movidas pela inferiorização e subordinação da mulher. A única troca que pode ser observada como decorrente da celebração do contrato é a da obediência por proteção (PATEMAN, 1993). Quem promove a proteção, tem o direito, segundo Carole Pateman, de determinar como a outra contratante cumprirá a sua parte na celebração do contrato. Essa troca inevitavelmente cria, como veremos, uma relação entre o dominador e o dominado.

As Ordenações Filipinas entraram em vigor no final do século XVI e estiveram vigentes no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916. Formadas por cinco livros, reuniram todas as leis do Reino em cinco volumes. O último volume, dedicado ao Direito Penal, estipulava diversos crimes, contravenções e suas respetivas penalidades. A parte que trata do adultério e do estupro nos revela as bases de funcionamento das Ordenações, fundadas em hierarquias sociais e de gênero.

Com a promulgação das Ordenações Filipinas, os tribunais civis foram proibidos de basear-se no direito canônico. Formalmente, as normas tridentinas não poderiam mais ser aplicadas por esses tribunais. Contudo, a linha divisória entre essas duas esferas era, como veremos, muito frágil. Com a separação entre as duas instituições, os crimes religiosos passaram a ser julgados pelo próprio direito canônico. No Brasil, esses crimes foram, como já mencionado, codificados pelo Sebastião Monteiro da Vide nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, em 1707. Ambas as legislações eram aliadas e voltadas para o mesmo objetivo: normalização da sociedade brasileira. Segundo a historiadora Helen Ulhôa Pimentel

(2012), as diferenças sociais, de gênero e de etnia aparecem, a partir das duas normas, como elementos constitutivos da maneira de ver o mundo da época. A normalização dos comportamentos por meio da *justiça*, no entanto, não visava punir os *maus* comportamentos da mesma maneira para todos.

A temática do casamento monogâmico, tão valorizada pelo Concílio de Trento, incorporou-se, com insistência, nas duas legislações. A normatização nos confirma a essencialidade que o matrimônio monogâmico assumiu na colonização, nos indicando também a sua utilização como uma importante ferramenta controladora dos corpos e dos desejos. O casamento seria uma espécie de remédio para purificar o corpo dos pecados, legitimar o sexo e retirar a malignidade que esteve presente na alma (PIMENTEL, 2012).

As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia[45], adequando as normas de Trento à realidade brasileira e suas peculiaridades, também normalizaram e elevaram o casamento ao sagrado. No Título LXII, o controle dos prazeres sexuais foi elencado, de maneira explícita, dentre os fins do casamento, ao lado da procriação, inseparabilidade e da fidelidade ao cônjuge[46].

Analisando os fundamentos, objetivos e princípios das Ordenações e das Constituições Primeiras, comenta Helen Pimentel (2012) que ambas as legislações possuíam finalidades similares. Ante a fraqueza daqueles que não poderiam ser castos, as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia encontram no casamento o remédio contra a concupiscência, mecanismo domesticador do corpo e do prazer. Aliado à legislação cristã, as Ordenações aparecem como um mecanismo de acomodação da população. O interesse pela acomodação, no entanto, esteve sempre aliado à multiplicação do esforço produtivo, também por meio da procriação.

A legislação portuguesa também condenou o prazer externado fora da relação matrimonial, tornando a mulher a sua maior vítima, pois punições mais severas lhes eram aplicadas. A regulação do adultério e do estupro nos fornecerá os primeiros indícios da implementação, pela legislação civil, do *direito sexual masculino de acesso sistemático ao corpo das mulheres*[47], tendo até mesmo, o poder de morte sobre elas (PATEMAN, 1993).

---

[45] Disponíveis no *site* do Senado Federal.

[46] *Foi o Matrimonio ordenado principalmente para tres fins, (9) e são tres bens, que nelle se encerrão. O primeiro é o da propagação humana, ordenada para o culto, e honra a Deos. O segundo é a fé, e lealdade, que os casados devem guardar mutuamente. O terceiro é o da inseparabilidade dos mesmos casados, significativa da união de Christo Senhor nosso com a Igreja Calholica. Alem destes fins é também remedio da concupiscencia, e assim S. Paulo (10) o aconselha como tal aos que não podem ser continentes* (VIDE, 2011).

[47] O *direito sexual masculino de acesso sistemático ao corpo de mulheres* é, na visão de Pateman, uma das consequências do contrato sexual. Sobre o assunto, comenta Clarissa Cecília Ferreira Alves: "o contrato sexual, enquanto parte do contrato original que não foi reconhecido pela teorização liberal, atua, sobremaneira, em dois

As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, consideraram ser o adultério muito grave e prejudicial, sendo proibido pelo direito canônico, civil e natural. Os que o cometessem eram merecedores de exemplares castigos, sendo esses mais severos se fossem praticados pelo clero.

Como o casamento era um importante elemento na colonização e aculturação do Brasil, a sua violação ou, até mesmo, ameaça, deveria ser duramente castigada. Permitir qualquer indício de desobediência aos dogmas da Igreja poderia abrir precedente para o descontrole social e desobediência às normas diretivas de Trento. A elevação dessa transgressão ao patamar de grave pecado, desencadeando uma punição severa, foi uma forma encontrada pelo Arcebispado Baiano para reafirmar a importância e poder, não só do clero, mas também da monarquia, a quem esteve constantemente aliada. A criação do crime de adultério inseriu-se, assim, no âmbito de proteção da monogamia, mecanismo pelo qual, o Estado e a Igreja poderiam punir o desregramento sexual e exercer todo o seu poder.

A regulação do crime de adultério inicia-se pelo Título XXV das Ordenações Filipinas. Das diversas espécies, a primeira, é em relação ao *Do que dorme com mulher casada*, referindo-se, portanto, ao adultério praticado pelo homem solteiro.

> Mandamos que o homem, que dormir com mulher casada, e que em fama de casa stiver, morra por ello (1).
> Porém, se o adultero fôr de maior condição, que o marido dela, assi como, se o tal adultero fosse Fidalgo, e o marido Cavalleiro, ou Seudeiro, ou adultero Cavalleiro ou Seudeiro, e o marido peão, não farão as Justiças nele execução, até nol-o fazerem saber (2), e verem sobre isso nosso mandado (3).
> E toda mulher, que fizer adulterio a seu marido, morra por isso.[48]

Em regra, o homem que cometia adultério com mulher casada deveria ser punido com a morte. A penalidade era retirada, no entanto, a depender da classe social do adúltero envolvido no crime, pois a condição social influenciava na aplicação de penalidades diversas, mais brandas. Se o adúltero fosse um peão, não receberia outra alternativa de punição senão a morte. Em contrapartida, se o adúltero fosse um fidalgo, outra penalidade poderia ser-lhe aplicada. A classe social era, de maneira explícita, elemento diferenciador de aplicação de penalidade,

---

sentidos: primeiramente criando uma rede de dominação politicamente determinante dos homens sobre as mulheres, em ambas as esferas e, em segundo lugar, criando, como discorre Pateman, um *direito sexual masculino de acesso sistemático aos corpos de mulheres (1993, p. 17),* como se estes os pertencesse de alguma maneira e estivessem sujeitos a satisfazer os seus desejos sexuais (ALVES, 2012, p. 91).

[48] "Mandamos que o homem que dormir com mulher casada, e que em fama de casa estiver, morra por isso. Porém, se o adúltero for de maior condição que o marido dela, assim como se o tal adúltero fosse fidalgo e o marido cavaleiro ou escudeiro, ou adúltero cavaleiro ou escudeiro e o marido peão, não farão as justiças nele execução até no-lo fazerem saber e verem sobre isso nosso mandado. E toda a mulher, que fizer adultério a seu marido, morra por isso." (tradução livre).

demonstrando quem tinha, para a monarquia, valor. Homens de classe alta estariam então livres para transgredir, pois teriam a certeza de que não seriam punidos com a morte.

Ao inocentar os adúlteros de classe alta da morte, o Estado Português, implicitamente, minorou a gravidade do delito, abrindo brecha para que a transgressão fosse praticada por aqueles que integrassem a camada mais importante da sociedade. O adultério, para eles, foi legitimado.

Em que pese o perdão do homem adúltero de classe alta, a mulher casada adúltera deveria ser morta pelo seu marido, independentemente de classe social.

A prática também foi legitimada pelo Estado para os casados, pois o adultério praticado pelo homem comprometido sequer era chamado dessa maneira. Quem praticava traição ao matrimônio, pelas Ordenações, era chamado de *barregueiro* e sua *cúmplice* de *barregã*[49].

O *adultério* praticado pelo homem casado deveria ser, seguindo a tradição de Trento, um crime gravíssimo, mais grave até mesmo do que aquele cometido pelo homem solteiro. No entanto, pelas Ordenações (Título XXVIII – *Dos barregueiros casados (6), e de suas barregãas*), o homem casado não recebia a penalidade de morte. Se a situação ocorresse pela primeira vez, deveria ser degredado, por apenas três anos, para a África, devendo pagar, ao Estado, ressarcimento financeiro. Se a situação ocorresse por mais de uma vez, o degredo seria aplicado, seguido de pagamento pecuniário em dobro. Se fosse pela terceira vez, a penalidade de degredo seria aplicada e a penalidade pecuniária multiplicada ao triplo. É inegável a influência de Trento na estruturação da norma civil. A palavra *pecado* reaparece no texto do dispositivo, comprovando a linha tênue de separação entre as duas instituições:

> *Dos barregueiros casados (6) e de suas barregãas.*
> Ordenamos, que o homem casado, que tiver barregãa teúda e mateúda (1), seja degradado pola primeira vez per trez annos para Africa, e da prisão pague a quarentena (2) da valia de todos seus bens, tirando a parte que a sua mulher pertencer[50].

Em contraposição, a mulher que mantinha relação com homem casado, a *barregã*, além do degredo para Castro-Mirim, era duramente açoitada pela vila e deveria pagar a metade da quarentena que o seu barregão deveria pagar.

---

[49] Sobre o vocabulário, comenta Ronaldo Vainfas na obra *Trópico dos Pecados: "*A notar, primeiramente, que o Código Filipino utilizava, em vez da palavra concubinato, o vocábulo *barreguice*, derivado de *barregão*, em português, ou *barreguin*, no idioma vernáculo dos Pirineus, termo que significava 'moço solteiro', 'bem-disposto', 'amigo' ou 'amante' – sinal de que a cultura ibérica possuía uma expressão específica para aludir a esses amores. E também as chamadas barregãs apareciam no Código como Amantes, mulheres 'teúdas e manteúdas', esclarece Viterbo, ora dos leigos ora dos padres" (VAINFAS, 2010, p. 87).

[50] "Ordenamos que o homem casado que tiver barregã teúda e manteúda seja degredado pela primeira vez por três anos para a África, e da prisão pague a quarentena da valia de todos os seus bens, tirando a parte que sua mulher pertencer" (tradução livre).

> E a mulher, que stiver por manceba teúda e mateúda de algum homem casado, pela primeira vez seja açoutada pela Vila com baraço e pregão, e degradada per hum ano para Castro-Marim, e mais pagará a metade da quarentena, que seu barregão deveria pagar, se polo malefício condenado fosse.

Ao analisar a redação e o vocabulário das regras envolvendo o adultério, Helen Ulhôa (2012) comenta uma importante questão: encontra-se, primeiro, referência ao homem. Os crimes e as penalidades eram diferentes para cada caso: o homem que dorme com mulher casada e o homem casado que possui outra mulher. O que estava sob prioridade, nos dois casos, era sempre o homem. Quando um homem cometia um adultério com uma mulher casada, ele não traia sua esposa propriamente, mas sim a sua relação com o outro homem, violando o direito de propriedade que este tinha sob sua esposa. Ocorria a quebra da *fraternidade masculina*, tão ressaltada pela Pateman (1993). Nesta relação – de homem para homem -, não incidia, obviamente, qualquer hierarquia de gênero. A diferenciação social, no entanto, se aplicava como forma de favorecer aqueles que interessavam a Coroa. Era a classe social, para os homens, quem definia a gravidade da penalidade.

No caso dos homens casados que praticassem o *adultério*, a legislação portuguesa punia-os, com a aplicação de multa, além do degredo. A multa, nesse caso, não era revertida para a esposa, mas ao Estado e à Igreja. Ao praticar o adultério ao matrimônio, não era a honra da mulher que era ferida – tendo em vista que era inexistente -, mas as leis do Estado e da Igreja e, por isso, eles precisavam ser compensados. A honra da mulher, por ser inexistente, não poderia ser reconstituída através do pagamento de multas pelo marido traidor. O açoite, por exemplo, aplicado para as *barregãs*, - penalidade utilizada em escravos -, revela-se também como uma das consequências da desclassificação da mulher (PIMENTEL, 2012).

O não pagamento de multa paras as mulheres é mais uma prova de que as Ordenações tinham por função a domesticação de mulheres e, precisamente, das casadas. Conceder para elas esse direito poderia desencadear, aos olhos do Estado e da Igreja, uma rebelião no matrimônio ou o aumento do poder da mulher sob o seu marido. Apagava-se então a sua honra para que ficasse acuada e submetida, ainda que traída, ao poder do seu marido. Esse modelo de casamento é um exemplo clássico, como veremos, do contrato de casamento enquanto um contrato sexual (PATEMAN, 1993).

A forma como as Ordenações trataram a questão do adultério, denunciam uma importante questão, que já foi introduzida neste tópico: as representações sobre o adultério nas Ordenações, confirmam as representações históricas negativas criadas sob a imagem da mulher

(DEL PRIORE, 2009)[51]. O casamento deveria ser disseminado para o controle dos colonos, mas, precisamente, para o controle de mulheres. Desse modo, traição seria originariamente uma característica essencialmente feminina. A partir do poder do homem, a lascívia, o pecado e a malignidade da esposa eram domesticadas no casamento. Esse desprezo pelas mulheres fez com que os homens – o clero e os leigos - se unissem em solidariedade para a sua domesticação (PIMENTEL, 2012). É justamente pela solidariedade e fraternidade que une os homens na causa de domesticação das mulheres que a penalidade é a aplicada aos adúlteros. Com o adultério, há uma quebra dessa fraternidade (PATEMAN, 1993), uma traição à própria comunidade masculina, que se uniu a uma causa específica: a domesticação de mulheres[52].

A força do homem casado traído é reafirmada também no Título XVIII das Ordenações:

> *Do que matou sua mulher, pola achar em adulterio (6)*
> *Achando o homem casado sua mulher em adulterio, licitamente poderá matar assi a ella, como o adultero (7), salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adulterio, não morrerá por isso mas será degradado para África com pregão na audiencia pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de trez annos (1).*

As hierarquias na legislação portuguesa dependiam dos sujeitos a quem elas se aplicavam. A única hierarquia que se aplicava aos homens era a de condição social. Os mais bem posicionados socialmente se salvavam. A hierarquia de gênero, por sua vez, se aplicava para as mulheres. Ao contrair o matrimônio, automaticamente, as esposas se submetiam ao poder de seus maridos[53]. Em todos os momentos, as Ordenações buscaram clarificar que era ele quem tinha o poder de vida ou morte sobre ela. O seu corpo e sua alma, portanto, estavam em suas mãos. Não havia hierarquia social que salvasse as mulheres do adultério.

O estupro também recebeu previsão na legislação. O crime só era previsto para quando o ato era cometido contra as mulheres virgens, de quem a castidade e, consequentemente, o

---

[51] Os manuais portugueses, que orientavam os cônjuges, deixavam claro a visão que se tinha da mulher. Ela era "um veículo de perdição da saúde e da alma de seus cônjuges" (DEL PRIORE, 2009, p. 119), e, por isso, precisavam ser anuladas e controladas.

[52] Sobre a fraternidade masculina, comenta Carole Pateman, na obra *O Contrato Sexual:* "A sociedade civil moderna não está estruturada no parentesco e no poder dos pais; no mundo moderno, as mulheres são subordinadas aos homens *enquanto homens*, ou enquanto fraternidade. O contrato original é feito depois da derrota política e cria o *patriarcado fraternal* moderno (PATEMAN, 1993, p. 18).

[53] Vainfas comenta: "Enclausuradas, desprezadas, vigiadas, espancadas, as mulheres nem por isso limitaram-se a sofrer, acuadas, a crescente misoginia dos costumes e das leis. Pelo contrário, sempre reagiam às pressões masculinas, desafiando homens, rompendo uniões insuportáveis e tomando várias iniciativas no campo amoroso e sexual – o que, longe de libertá-las, estimulava ainda mais a misoginia, legitimando o moderno patriarcalismo no receituário dos moralistas. Sendo as mulheres obrigadas a se casar em todas as classes, não é de se estranhar que o adultério feminino fosse corriqueiro e, como tal, preocupante para os homens casados" (2010, p. 143).

respeito, lhes foi retirado. O ato praticado contra a mulher casada, mesmo que sob o emprego de força, não recebia essa denominação.

O Estado dificultava que denúncias de estupro praticadas por homens fossem confirmadas. Ante o fato de que as mulheres não eram consideradas confiáveis, as Ordenações só recebiam as denúncias feitas no momento do crime, com provas robustas para incriminar o estuprador. O rompimento da virgindade deveria ser comprovado. Como se não bastasse toda a humilhação para a prestação da queixa, para ser condenado, o estuprador ainda deveria ter sido visto por outras pessoas ao redor do local em que o fato foi consumado. O Estado era solidário com a honra masculina (VAINFAS, 2010).

O estupro marital não chegou nem perto de ser previsto. O crime só poderia acontecer, como já ressaltado, com mulheres solteiras e virgens, as consideradas dignas de respeito por terem sido castas. Os maridos, donos dos corpos e das almas de suas esposas, tinham acesso liberado ao ato sexual – somente nos dias religiosos o acesso era restrito - e, por isso, não poderiam ser considerados estupradores, mesmo que sob a negativa das mulheres. O constante débito sexual que os esposos tinham um com o outro, previsto pela Igreja, foi considerado e incorporado pelo Estado em sua legislação[54].

A violência misógina praticada contra as mulheres não era privilégio das elites. Em todas as camadas da sociedade, as mulheres eram inferiorizadas, domesticadas e violentadas. Ante a generalização dessas violências, as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, indo na contramão do regramento imposto pelas Ordenações Filipinas, pregou a discrição na aplicação de penalidades às mulheres adúlteras. As penalidades, por sua vez, eram aplicadas de maneira secreta. Reconhece-se ser uma posição protetora da Igreja, diante de tanta violência praticada contra as mulheres[55].

Da leitura dos regramentos filipinos, se percebe a existência de três categorizações de mulheres: as merecedoras de respeito, virgens, por terem conseguido ser castas e controlar seus prazeres; as casadas, obedientes aos seus maridos, e por isso, dignas também de respeito – e

[54] Mesmo doente, as mulheres tinham que cumprir com o débito conjugal. Certas doenças, como a lepra, liberavam a esposa do ato sexual. Contudo, nem todas as doenças eram aceitas para se esquivar de sua obrigação (DEL PRIORE, 2009).

[55] Assim dispôs as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, em seu Livro V, Título XXIII:

"Sendo alguma mulher casada comprehendida em amandebamento, se o marido for tal pessoal, que provavelmente se tema perigo da vida, ou de outro máo tratamento consideravel, descobrindo-se o delicio, se terá muito resguardo, (1) e cautela, assim nos termos da admoestação, como nos livramentos do complice. E quando se não offerecer meio acomodado para a dita mulher ser admoestado com o resguardo devido, não a mandarão apparecer, mas só admoestar verbalmente pelo Parocho em segredo. E livrando-se o complice será (2) camerariamente, não se declarando o nome da dita mulher nos livramentos, nem nos traslados dos termos de admoestações, que se juntarem nelles."

não de honra -, diante do poder do homem sob sua vida; as *solteiras*[56] – que se envolviam com homens de maneira esporádica - e prostitutas que serviam ao prazer masculino. As respeitáveis deveriam então ser obedientes. Obedientes à Igreja e/ou ao seu senhor marital. As mulheres livres não tinham respeito e qualquer direito de escolha e, por esse motivo, poderiam ser forçadas ao sexo por qualquer homem. Não haveria casamento para lhe resguardar e, muito menos, a virgindade[57].

Comentando sobre a implementação do casamento na Colônia, Vainfas (2010) também constatou que a Coroa Portuguesa desencorajou a instalação dos conventos no país, pois a maior prioridade era popularizar a Colônia visando o aumento da mão de obra e riqueza. Em vez de conventos, deu-se preferência à instalação de casas de recolhimentos, essencialmente destinados às mulheres brancas e de elite[58]. Ao contrário do que o nome sugere, esse estabelecimento tinha por objetivo primário corrigir os *defeitos* e as *desvirtudes* das mulheres, prepará-las para o casamento.

As legislações vistas até aqui são um reflexo da sociedade que vigorava no Brasil Colonial, personificando os costumes misóginos do Reino, que foram adotados pelo Brasil. A imagem cristã da mulher pecaminosa e maligna, difundida da Europa para o Brasil, principalmente pela Igreja, é personificada nessas legislações. Hierarquias de gênero, ao contrário do que Helen Ulhôa Pimentel sustenta, não foram criações autônomas das Ordenações. São ideais da população e da legislação portuguesa que foram transferidos e enraizados pelo Brasil.

Certamente, reflexos das Ordenações e, consequentemente, a diabolização das mulheres, ainda poderão ser vistos, mais de cem anos depois, no Código Civil de 1916, que, seguindo a tradição, não inovou muito no conteúdo do Direito de Família (GOMES, 2006). A discriminação social – para homens de baixa posição social – e a discriminação de gênero – praticada contra as mulheres -, são reflexos de uma sociedade machista e marcada por pessoas *desclassificadas* socialmente que impactarão a legislação brasileira por anos, reproduzindo seus efeitos, inegavelmente, até a atuação dos Tribunais Superiores no século XXI.

---

[56] Ronaldo Vainfas, na obra *Trópico dos* Pecados, comenta que solteira era a mulher desimpedida, sem proteção da família, livre, que tinha a liberdade para se envolver em qualquer relação amorosa ou sexual (VAINFAS, 2010, P. 72).

[57] Se o Estado descobrisse que a mulher solteira não era mais virgem, obrigava o homem a casar com ela, caso ela quisesse. É como podemos inferir do Título XXIII das Ordenações Filipinas:

"Mandamos, que o homem, que dormir com mulher virgem (1) per sua vontade, case com ella, se ella quiser, e se fôr convinhavel, e de condição com ella casar (2).

E não casando, ou não querendo ella casar com ele, seja condenado para casamento dela na quantia, que fôr arbitrada pelo julgador, segundo sua qualidade, fazenda, e condição de seu pai."

[58] O corpo da mulher negra não possui os mesmos controles do corpo da mulher branca. Para as mulheres negras, não existia a tão sonhada "proteção" supostamente concedida pela monogamia.

2 A MONOGAMIA, AS INFLUÊNCIAS DAS REPRESENTAÇÕES NEGATIVAS CRIADAS SOBRE A IMAGEM DA MULHER E SEUS IMPACTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

> A história do Direito Civil Brasileiro singulariza-se pela ininterrupta vigência, por mais de três séculos, das Ordenações Filipinas (GOMES, 2006, p. 3).

As Ordenações Filipinas tiveram forte influência na produção do Direito Civil Brasileiro, eis que, publicadas em 1603 pelo Reino de Portugal, tiveram vigência no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916[59], vigendo no país por mais de três séculos (MIRANDA, 1928). A legislação, marcada por regras extremamente misóginas e segregadoras, personificadoras da criação da imagem da mulher *satã*, é, certamente, um retrato da sociedade brasileira entre a época do Brasil Colônia e o Século XX.

As Ordenações Filipinas estiveram vigentes no Brasil mesmo após a sua revogação em Portugal, sobrevivendo à Proclamação da Independência do Brasil, no ano de 1822[60].

Sobre a elaboração de um novo código civil, se manifestou a Constituição de 1824 (Brasil Império), determinando a sua organização. A Constituição não teceu maiores regramentos sobre os direitos da mulher no império e, muito menos, sobre família, monogamia e casamento[61]. No entanto, em seu art. 5º estabeleceu a religião católica como a religião oficial. Um ano antes da promulgação da Constituição e, tão logo proclamada a Independência, foi publicada a Lei de 20 de outubro de 1823, que determinou que as legislações portuguesas, incluindo as Ordenações, deveriam viger no Brasil até a organização de um novo código civil (SOARES ROBERTO, 2023).

Segundo Dilvanir José da Costa (2006), o casamento continuou a ser regulado tão apenas pela Igreja, por meio das normas do Concílio de Trento e pelas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia. Apenas com a Proclamação da República, em 15 de novembro de

---

[59] Sobre a vigência das Ordenações Filipinas no Brasil, comentou Pontes de Miranda: "O Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português, - gente de rija têmpera, no altivo século XVI e naquele cansado século XVIII em que se completa o descobrimento da América, - trouxe e enxertou no novo continente" (1928, p. 49).

[60] Sobre os efeitos da Proclamação da Independência do Brasil, comentou o Professor Giordano Bruno Soares Roberto, na obra *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação:* "A partir da independência, o Brasil conheceu um movimento contínuo de emancipação jurídica. Dois fatores foram decisivos nesse contexto: a criação, em 1827, das duas primeiras escolas de direito do país, a de Pernambuco e a de São Paulo, e a crescente produção legislativa nacional, em substituição à legislação portuguesa, que atravessou todo o Império e prosseguiu no início da República" (SOARES ROBERTO, 2023, p. 50).

[61] Tratou, tão apenas, da família imperial.

1889, houve a separação entre o Estado e a Igreja, surgindo, então, a necessidade de se regular o casamento civilmente.

O império caiu e as Ordenações Filipinas continuaram resistindo até o Brasil República (GOMES, 2006). Após a compilação das legislações do Reino, formalizada através do *esboço*, foi Clóvis Bevilaqua quem foi o autor do primeiro Código Civil Brasileiro, promulgado em 1916, tendo vigência até a promulgação do Código Civil de 2002 (SOARES ROBERTO, 2023). Por ser ele o seu principal intérprete, é, essencialmente, com base em sua doutrina e, na de Orlando Gomes, que os preceitos e regramentos do código serão analisados e expostos. Neste ponto, especialmente, tem-se por objetivo proposital expor a visão masculina do direito[62].

O Código Civil de 1916 foi publicado sob a regência da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, que adotou, como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa do Brasil, proclamada em 15 de novembro de 1889. Por meio dele, constituiu-se a união perpétua e indissolúvel das antigas províncias em Estados Unidos do Brasil.

Inovando na matéria de Direito de Família, a Constituição enfrentou a Igreja, reconhecendo, tão apenas, o casamento civil[63]. Ante ao elevado dispêndio financeiro vivenciado no Brasil Colônia, o casamento foi instituído de maneira gratuita. Certamente a gratuidade de sua celebração foi mais uma forma encontrada pelo Estado para incentivar o casamento e popularizar a sua celebração na sociedade. Diante da sua laicização pelo Estado, esse instituto será regulado de maneira exaustiva pelo Código Civil de 1916.

A Carta Constitucional de 1934 manteve como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa do Brasil. Em seu Título V *Da Família, da Educação e da Cultura*, Capítulo I, *Da Família*, regulamentou a família e lhe atribuiu especial proteção do Estado. Nesta, o Estado recuou e passou a reconhecer o casamento religioso com efeitos civis, demonstrando a sua vinculação, ainda que informal, com a Igreja. Fortemente influenciada pelos regramentos do Código Civil de 1916, em seu art. 144, reconheceu a família como apenas aquela formada pelo casamento indissolúvel. No entanto, o *desquite* e a anulação foram previstos, transferindo para a legislação civil a responsabilidade de legislar sobre eles[64].

---

[62] Este capítulo tem, como um de seus principais objetos de pesquisa, os manuais de Direito de Família. A escolha desses manuais foi feita com o objetivo de apresentar como era ou é o funcionamento do Direito de Família no Brasil, a partir de uma visão tradicional e masculina do Direito. Para tanto, serão escolhidos importantes intérpretes do Direito, que tiveram suas doutrinas disseminadas de maneira recorde no Brasil, tal como Clóvis Bevilacqua, Orlando Gomes, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz, Álvaro Azevedo.

[63] A laicização do Estado é resultado da influência dos positivistas no movimento da Proclamação e nos primeiros governos republicanos.

[64] Ao longo dos anos, foram editadas diversas legislações para regulamentar o casamento: Lei 379/37, Decreto-Lei nº 3.200/41, Lei nº 1.100/50, Lei nº 6.015/73 e o Código Civil de 2002 (COSTA, 2006).

Nesta Carta Constitucional, o voto se tornou obrigatório e secreto, a partir dos 18 (dezoito) anos. As mulheres foram consideradas cidadãs, recebendo o direito de voto.

A Carta Constitucional de 1937 também abriu um capítulo só para tratar da família. Em seu art. 124, reiterou que a família é formada pelo casamento indissolúvel, recebendo especial proteção do Estado. Nada foi estipulado em relação aos direitos da mulher (COSTA, 2006).

A família formada pelo vínculo indissolúvel também aparece como marca da Carta Constitucional de 1946. Em seu Título VI, *Da Família, da Educação e da Cultura*, estipulou que o casamento seria civil, e gratuita a sua celebração. No entanto, o casamento religioso equivaleria ao civil, se, observados os impedimentos e prescrições da lei, assim o requeresse o celebrante ou qualquer interessado, contanto que fosse inscrito no Registro Público. Nenhuma disposição sobre as mulheres foi inserida no texto constitucional.

A Carta Constitucional de 1967 foi promulgada sob o autoritarismo e presença massiva dos militares. Novamente, a tradição de Trento aparece em seu texto. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, também recebeu direito à proteção dos Poderes Públicos. O casamento civil foi, novamente, regulado. O casamento religioso, no entanto, equivaleria ao civil nos mesmos moldes da Carta Constitucional de 1946.

Pela Emenda Constitucional de nº 9, de 1977, a previsão do casamento indissolúvel foi revogada. A partir de 1977, passou a ser permitido a dissolução do casamento somente nos casos expressos em lei, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos. Dessa maneira, fazem pouco mais de 50 (cinquenta) anos que a dissolução do casamento passou a ser permitida pelo Estado.

Durante toda a história da legislação brasileira, até 1977, portanto, o casamento monogâmico era permitido e incentivado, mas de maneira indissolúvel. Foram mais de 300 (trezentos) anos de vigência do casamento monogâmico indissolúvel no Brasil. Essa trajetória denuncia a inegável influência dos preceitos e normas da Igreja – principalmente aquelas estipuladas no Concílio de Trento - na legislação constitucional. Embora a monogamia não esteja, em nenhuma das constituições prevista de maneira explícita, ela se introduziu por meio da regulamentação do casamento indissolúvel, sendo pressuposto dele. É inegável a preocupação de quase todas as constituições em regulamentar a família por meio do casamento indissolúvel.

A intenção desta seção centra-se, primeiramente, na exposição dos principais regramentos do Código Civil de 1916 envolvendo a temática da monogamia, mulher e casamento. Tem-se, por objetivo, portanto, investigar como o Código Civil de 1916 tratou a questão do casamento monogâmico e como a mulher se insere não só nele, mas também na

sociedade. Questiona-se: no Código Civil de 1916, a mulher já era considerada um ser sujeito de direitos? Há alguma perceptível influência da regulação da Igreja, do Direito Canônico e das Ordenações Filipinas na regulação da monogamia e do casamento no Código Civil de 1916? Em caso positivo, quais são os seus impactos na regulação dos direitos das mulheres? São perguntas que, inevitavelmente, já pressupõem algumas respostas. É nesta seção que se demonstrará como o *direito sexual masculino de acesso sistemático ao corpo das mulheres* (PATEMAN, 1993) foi, oficialmente, incorporado na legislação civil brasileira por meio do incentivo ao casamento, à monogamia e por meio da subjugação de mulheres.

Orlando Gomes (2006), ao investigar as raízes históricas e sociológicas do Código Civil de 1916, constatou a existência de sua fidelidade à tradição portuguesa, presente nas Ordenações, e ao contexto social do país. O apego à tradição apareceu, de maneira explícita, na parte em que regulamenta o Direito de Família. A indissolubilidade do matrimônio, previsto de maneira expressa, e a imposição da monogamia, prevista de maneira implícita, revelam o nascimento de um código ainda retrógrado, conservador, reflexo dos ideais de justiça da classe dirigente do país, que se "divorciaram" da população pobre. Os costumes foram, nas palavras de Orlando Gomes, cristalizados, convertendo-se em instituições jurídicas tradicionais:

> No período de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia de anel representava e racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privativista, nem se libertara da estreiteza do arcabouço econômico, apesar do seu sistema de produção ter sido golpeado em 1888. Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-os em instituições jurídicas tradicionais (GOMES, 2006, p. 22).

Já em 1928, em profunda análise do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda observou que o código "condensa um direito mais preocupado com o círculo social da família do que os círculos sociais da nação" (1928, p. 489). Diversos artigos do código, principalmente do Direito de Família, denunciam "a preponderância do círculo da família, ainda despoticamente patriarcal" (1928, p. 489).

2.1 A introdução do casamento no Código Civil de 1916 como um instituto legitimador do sexo e necessário ao controle da concupiscência: as raízes cristãs

O casamento monogâmico assumiu um patamar de importante monta na Europa e, mais tarde, no Brasil Colônia, constituindo-se em um importante elemento da colonização. A

preocupação em regulamentá-lo e especificar, em detalhes, suas normas, não se finda nas Ordenações Filipinas e nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia.

Elemento essencial no processo de colonização do Brasil, o casamento aparece como uma das principais preocupações do Código Civil de 1916. A exacerbada preocupação com o círculo social da família fez com que o tema fosse detalhadamente regulamentado. Adianta-se, a partir da leitura da legislação e das principais doutrinas da época, tendo por seu principal intérprete o jurista Clóvis Beviláqua, que o casamento foi introduzido na norma civil brasileira a partir dos dogmas cristãos, personificando toda uma preocupação em regular o sexo e os prazeres dissidentes[65].

O lugar de inferiorização da mulher, demarcado nas Ordenações Filipinas, também lhe foi reservado no Código Civil de 1916. Os preceitos religiosos e morais, que têm por fundamento o controle da sexualidade das mulheres e sua inferiorização, inegavelmente foram transplantados para a primeira legislação civil brasileira. O lugar de invisibilização da mulher aparece como herança de uma tradição ocidental histórica, reproduzida e remodelada, sob novos olhares masculinos, no Código Civil de 1916.

O Código Civil de 1916 regulamentou o casamento em sua Parte Especial, no Livro I, Título I. O casamento foi, precisamente, o primeiro tema tratado pelos legisladores na seara do Direito de Família, revelando o seu alto grau de importância para os legisladores na formação das famílias.

O conceito do casamento e suas bases fundamentadoras não estão expostos de maneira clara no Código. São os doutrinadores da época que se encarregam de conceituá-lo. Orlando Gomes, em sua obra *Direito de Família,* de 1978, define o casamento com uma sociedade *solenemente contratada* por *um homem e uma mulher para colocar sob a sanção da lei a sua união sexual e a prole dela resultante*. "O casamento é, realmente, a legalização de uma união sexual, o ato pelo qual pessoas de sexo diferente fundam uma família legítima. Por ele se regula socialmente o instinto de reprodução" (GOMES, 1978, p. 58). Em síntese, conceitua o casamento como uma união de um homem com uma mulher para constituírem uma família legítima.

[65] Interessante ressaltar que, em Clóvis Beviláqua, o casamento aparece como a forma de união dos povos cultos, caracterizando os modelos familiares distintos da união de povos selvagens. Claramente, sua perspectiva foi fortemente influenciada pelos preceitos eurocêntricos que foram para o Brasil transplantados e, consequentemente, enraizados. "O casamento é a regulamentação social do instinto da reprodução, trabalhada de um modo lento, através de muitas e diversíssimas vicissitudes, até à acentuação de sua forma vigente entre os povos cultos." (BEVILÁQUA, 1956, p. 3).

Diversos preceitos regulatórios, previstos na teoria cristã e no processo de colonização do Brasil, se fazem presentes nesse primeiro conceito apresentado por Orlando Gomes.

O primeiro preceito, que pode ser considerado uma herança do Concílio de Trento, relaciona-se com a ideia de casamento enquanto uma sociedade *solenemente contratada.* Como já exposto nesta pesquisa, foi a Igreja, no Concílio de Trento, quem formalizou o casamento enquanto uma união demarcada por um contrato solene. Esse conceito pressupõe, inevitavelmente, que um processo – ritual para a Igreja -, deve ser respeitado para a sua concretização. Para a Igreja, o ritual do casamento se realiza com a presença dos futuros cônjuges, do padre e das testemunhas, que testemunhariam o ato de *vontade deliberada* de ambos os indivíduos. A finalização do ritual ocorre por meio de seu registro em livro público e sua materialização por meio das alianças. No casamento civil, apenas o lugar do sacerdote é alterado, sendo substituído pela figura do juiz. A *vontade deliberada*, a presença dos cônjuges, das testemunhas e do registro em livro público foram internalizadas pela legislação civil[66]. "Na sua origem, como na essência, o casamento é, para a Igreja, um *contrato*" (GOMES, 1978, p. 60)[67].

O ato de *vontade deliberada*[68]*,* elemento do casamento civil, constitui-se em uma outra influência do direito canônico. Aliado à concepção contratual e solene do matrimônio, a *vontade deliberada* se caracteriza como elemento essencial do casamento religioso. É a própria concepção contratual do casamento, proveniente do direito canônico, que valoriza o

[66] É por essa e por outras diversas internalizações que Orlando Gomes comentou que: "A influência do direito canônico na formação e no desenvolvimento do direito civil, notadamente dos povos ocidentais, se fez sentir, principalmente, no campo das relações familiares. O direito matrimonial dos povos da área cultural do cristianismo acha-se impregnado do espírito da Igreja e se inspira, em muitos pontos, nos princípios que foi estabelecendo e firmando ao longo dos séculos. O Concílio de Trento, de 1545 a 1563, estatui normas que influíram de modo decisivo na evolução do instituto do casamento. São de origem canônica muitas disposições legais consagradas nos Códigos, como, por exemplo, as que disciplinam os impedimentos matrimoniais. A noção de casamento nulo, a consolidação da monogamia, a dignificação da mulher, a proteção limitada aos bastardos, o chamado divórcio canônico ou desquite, são ideias e conceitos provenientes do direito estabelecido pela Igreja para reger, da celebração à dissolução, o ato que elevou à dignidade de um sacramento." (GOMES, 1978, p. 72).

[67] Sobre a celebração do casamento religioso, comenta Clóvis Beviláqua: "Mas o concílio reunido em Trento (1563), tomando uma atitude mais firme que os seus antecedentes, decretou a rigorosa observância de certas solenidades externas, tendentes a dar ao casamento toda a necessária publicidade e conseqüente garantia. Assim foi prescrito por essa assembléia religiosa: 1º, que o casamento fosse precedido por três enunciações feitas pelo pároco do domicílio de cada um dos contraentes; 2º, que fosse feita, de modo inequívoco, diante do pároco celebrante, a manifestação livre do mútuo consentimento; 3º, que a celebração fosse realizada pelo pároco de um dos contraentes ou por um sacerdote devidamente autorizado, na presença de duas testemunhas, pelo menos; 4º, finalmente, que o ato se concluísse pela solenidade da benção nupcial. O livre consentimento dos contraentes, a presença do pároco e das testemunhas é que são essenciais para que haja casamento católico (*sic*) (BEVILÁQUA, 1956, p. 55).

[68] Em *O Contrato Sexual, Carole Pateman faz uma crítica a essa ideia de vontade deliberada* da mulher para celebrar o contrato de casamento. As mulheres foram constantemente oprimidas no casamento ao longo da história. Por que ainda se submetem a esse poder opressor patriarcal ainda hoje? São autoras feministas, como Simone de Beauvoir, no *O Segundo Sexo* (2016), que nos darão caminhos para a resposta.

consentimento dos nubentes. O papel do juiz, no casamento civil, assim como do sacerdote, no casamento religioso, é secundário por ser apenas declaratório, limitando-se na função de tão somente completar o ato de vontade dos nubentes.

De maneira implícita, a monogamia também aparece como fundamento do casamento civil no Brasil, isso porque consta nas entrelinhas da conceituação. A monogamia aparece aliada também a um outro poder: o heterossexual. Quando Orlando Gomes conceituou o casamento como a *união de um homem e uma mulher*, ele buscou deixar subtendido que o casamento não pode ser constituído por mais de duas pessoas e, muito menos, por pessoas do mesmo sexo.

A monogamia, presente no Cânone II, do Decreto *De sacramento matrimonii,* foi inteiramente introduzida do direito canônico pela legislação civil. Como veremos ao longo desta pesquisa, a introdução deste regramento não implicará, tão apenas, na formação familiar – constituindo famílias por um núcleo conjugal de duas pessoas. Os preceitos cristãos regulatórios, aliados à reprodução da monogamia, do casamento e à inferiorização da mulher, são reverberados na legislação civil. A introdução e reprodução da monogamia não foi, como já demonstrado, um objetivo único da Igreja e da sociedade – marcada essencialmente pela fraternidade masculina (PATEMAN, 1993) -, propriamente. A sua introdução e reprodução foi também acompanhada pelo incentivo à regulação dos prazeres, pelo casamento, e, por conseguinte, pela inferiorização das mulheres mediante a reprodução do contrato sexual (PATEMAN, 1993). Esses objetivos, de maneira voluntária, foram reproduzidos na legislação civil de 1916. São objetivos que não possuem origem na legislação civil. São produtos misóginos e castradores que foram transpassados para o Brasil e por ele enraizado em sua colonização. Por ser um resultado da sociedade, inevitavelmente, esses preceitos também se fizeram presentes na legislação brasileira.

O controle do sexo, finalidade originária da Igreja na regulação da sociedade pelo casamento, também aparece no conceito de Orlando Gomes. O casamento civil, nos moldes da legislação de 1916, surge como um *mecanismo legitimador e sancionador do sexo.* Esse conceito, desencadeia o pensamento de que o ato sexual era invalidado se fosse feito fora das margens matrimoniais – esse entendimento se confirmará nas hipóteses de anulação do casamento. O sexo, só se torna legítimo, então, pelo casamento. Pela análise do conceito, é possível percebermos que a Igreja Católica teve êxito na disseminação de sua doutrina pela colonização brasileira. Os objetivos cristãos fundamentais, relacionados ao controle do sexo pelo casamento, são reproduzidos na legislação civil, após mais de sete séculos.

Outro elemento fundamental do casamento religioso, também foi reproduzido pela legislação civil: a procriação. Como demonstrado neste estudo, em seus primórdios, a Igreja

não aprovava o casamento por estar ele atrelado ao sexo. O sexo, tornava a união pecaminosa. Com o tempo, teólogos passaram a defender o matrimônio como forma de controlar a sexualidade daqueles que não conseguiram ser castos, sendo nesta visão a oportunidade para a Igreja exercer o seu primoroso poder. O sexo do casamento foi então legitimado pela Igreja sob o fundamento da procriação. A procriação, que antes não era sagrada, passou a sê-la, e legitimou o sexo cristão.

Esse objetivo também aparece inserido no conceito clássico do casamento civil. A lei civil de 1916 sancionou o sexo e, por conseguinte, a prole dele resultante. Novamente, de maneira implícita, a procriação aparece ao lado do sexo e do casamento como o seu objetivo maior. Na visão *moderna* do casamento, portanto, *o homem e a mulher* se unem para procriar e formar uma família *legítima.* O casamento pressupõe então a relação sexual, a procriação e a formação dessa família legítima, criando margem para a punição de toda a procriação feita fora dos limites matrimoniais, punindo e destinando à invisibilização todos aqueles envolvidos: precisamente mulheres e crianças.

Originalmente, o Código Civil de 1916 introduziu o casamento de maneira indissolúvel, permitindo apenas o *desquite* – que não representava a dissolução do casamento, mas apenas a separação de corpos. A característica de indissolubilidade do casamento também foi herança do direito canônico. Aliada à monogamia, a indissolubilidade permitiu com que o Estado, atrelado implicitamente à Igreja, controlasse os indivíduos, prendendo-os uns aos outros ao contrato sexual, de maneira perpétua. Este é mais um pressuposto de que o Estado, mesmo laico, esteve constantemente aliado à Igreja para controlar todo o prazer e o sexo *ilegítimo* – realizado fora do casamento.

Esses preceitos, inseridos no conceito de casamento de Orlando Gomes, também se fizeram presentes na doutrina de Clóvis Beviláqua, o idealizador do Código Civil de 1916:

> O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente, legalizando por êle suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer (*sic*) (BEVILÁQUA, 1956, p. 34).

No Código Civil de 1916, ao lado da livre união dos cônjuges, a monogamia é introduzida pelos doutrinadores como um *princípio.* Não se permitia a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais. Assim como nas regras religiosas acerca do casamento, na legislação civil o casamento aparece como um impedimento a um suposto novo casamento, isto é, pessoas casadas não poderão se casar novamente. A bigamia já era punida. Sobre o assunto, comenta Orlando Gomes: “Tem de ser monogâmico. Não se permite a existência simultânea de

dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela mesma pessoa. A bigamia é punida. Quem é casado está proibido de contrair segundas núpcias, defesas enquanto permanece o vínculo." (1978, p. 65). A introdução da monogamia enquanto um princípio será, como veremos, mais tarde também reproduzida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça como um princípio do Direito, regulamentando toda a ordem social.

As finalidades do casamento, elencadas por Orlando Gomes, confirmam a tese até aqui sustentada: a de que o Estado Brasileiro introduziu, no Código Civil de 1916, os preceitos cristãos, reproduzindo o ideal de controle das sexualidades por meio do casamento e do seu incentivo, legitimado para fins de procriação e da formação da família legítima. A influência do direito canônico na formação do conceito do casamento e no estabelecimento de suas finalidades não é, em nenhum momento, negada por Clóvis Beviláqua e Orlando Gomes. Para este, a finalidade do casamento não é simples união corporal de pessoas de sexos diferentes. Para tanto, cita o conceito de Kant, para quem o casamento seria uma união para posse recíproca das qualidades sexuais dos cônjuges, durante a vida e nega-o, defendendo a tese de que o casamento *é mais que isso.*[69]

A legalização das relações sexuais, objetivo primário da Igreja, aparece de maneira clara e *fim natural* dentre as finalidades do casamento civil. Sobre esta finalidade, alia-se a procriação. No entanto, para Orlando Gomes, não se constitui essa a essência jurídica do matrimônio. Apesar de apenas permitir o matrimônio dentre aqueles que já atingiram a puberdade – necessária para a procriação -, o sistema jurídico não proibiria o casamento entre idosos, "na idade em que não são mais prováveis as relações sexuais" (GOMES, 1978, p. 69). A esterilidade também não seria um impeditivo ao casamento.

Baseando-se nas finalidades do casamento cristãs – sendo a primária a procriação e a secundária o controle da concupiscência -, para Orlando Gomes, o verdadeiro fim do casamento é a *dignificação das relações sexuais,* estabilizando-as na sociedade de maneira única e indissolúvel por meio do casamento, independentemente da procriação. No entanto, se contradiz ao afirmar que a finalidade jurídica do casamento é a constituição de uma família legítima, inevitavelmente marcada pela procriação. Vejamos:

---

[69] Sobre Kant, comenta Carole Pateman: "Mas é o marido que detém o uso de uma pessoa, e não a esposa. O contrato de casamento kantiano institui o direito patriarcal do marido; *ele* possui o corpo da sua esposa, ou seja, a pessoa dela, como uma coisa, mas ela não tem o direito correspondente. O 'direito pessoal' é o marido enquanto senhor civil.
E não há dúvidas de que ele é um senhor. A unidade de vontades é representada pela vontade do marido; Kant sustenta que uma 'relação de igualdade diz respeito à posse recíproca das pessoas, bem como aos bens que existem entre marido e mulher'"(PATEMAN, 1993, p. 255).

> O *direito canônico* distingue, no matrimonio, *fins primários* e *secundários*. O *fim primário* é a *procriatio atque educativo prolis*. São fins secundários: o remédio à concupiscência e a ajuda mútua. Os fins secundários não estão vinculados essencialmente ao fim primário, sendo permitido, pois, o casamento para a realização de um deles.
> Verdadeiramente, porém, o fim principal do casamento é dignificar as relações sexuais, estabilizando-as numa sociedade única e indissolúvel, ostensivamente aprovada e independentemente dos fins da geração para torná-lo compatível com a eminente dignidade da pessoa humana. Juridicamente, o fim essencial do casamento é a constituição de uma família legítima – fim que jamais pode faltar (*sic*) (GOMES, 1978, p. 69).

A sustentação de Orlando Gomes esbarra, ainda, nas hipóteses originais de anulação do casamento, previstas no art. 219, do Código Civil de 1916, que previa a possibilidade de o casamento ser anulado em virtude de *defeito físico* do cônjuge, hipótese essa autorizadora da anulação por impotência[70]. Além da procriação, como finalidade primária, o controle dos prazeres aparece dentre os fins do casamento, como finalidade secundária, do Código Civil de 1916. São finalidades, como vimos, essencialmente cristãs e que são introduzidas e reproduzidas pelo Código Civil de 1916, reverberando seus efeitos até os dias de hoje, regidos pelo Código Civil de 2002.

Maria Helena Diniz não esteve imune à visão do casamento enquanto um instituto controlador, misógino e procriador[71]. Em sua obra do ano de 1989[72], elencou, dentre as finalidades do casamento, as seguintes: "a) a legitimidade da família, b) a procriação dos filhos, c) a legalização das relações sexuais entre os cônjuges, d) a prestação do auxílio mútuo, e) o estabelecimento de deveres patrimoniais, f) a educação da prole e g) a atribuição do nome à esposa e aos filhos" (Maria Helena DINIZ, 1989, p. 28).

Dentre os efeitos do casamento, destaca-se, ainda, o dever de sustento, o de coabitação e o da fidelidade.

---

[70] Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:
I. O que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal, que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.
II. A ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória.
III. A ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.
IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido. (BRASIL, 1916).

[71] Mesmo oprimidas e, muitas das vezes de maneira involuntária, as próprias mulheres também reproduzem o poder opressor do patriarcado, sendo sequer percebido por elas. Heleieth Saffioti comenta que o poder patriarcal é tão forte e enraizado em nossos corpos, que as mulheres chegam a comandar a *máquina do patriarcado*, reiterando e disseminando preceitos e valores que lhes inferiorizam. Elas, verdadeiramente, se submetem ao patriarcado, reiterando os valores repassados pelo marido e pelo pai, aos seus filhos (SAFFIOTI, 2015).

[72] Ressalta-se que a obra de Maria Helena Diniz é do ano de 1989, quando muitas modificações legislativas já haviam sido introduzidas no Código Civil de 1916. No entanto, sua conceituação de casamento permanecia interligada à concepção originária do Código Civil de 1916 (Thaís MELO, 2013).

Segundo Orlando Gomes (1978), o principal efeito do casamento na ordem patrimonial é o dever de sustento da família. Em princípio, incumbia, principalmente[73], ao marido o dever de sustento da família, por ser ele, como veremos a seguir, o *chefe da sociedade conjugal*.

A vida em comum, em um domicílio conjugal, também chamada pela doutrina de *dever de coabitação,* apareceu dentre os deveres dos cônjuges no art. 231 do Código Civil de 1916. Essa obrigação requer mais do que a simples convivência do casal em um mesmo domicílio, mas associa-se à união carnal (BEVILÁQUA, 1956). A ideia de débito conjugal, prevista e implementada pela Igreja, forçando os cônjuges ao sexo, foi reproduzida no Código Civil de 1916. A coabitação abrange não só a convivência física dos cônjuges, mas verdadeiramente a satisfação do débito conjugal, necessário ao *bom funcionamento do casamento* e ao *bem viver do marido* (PATEMAN, 1993). Foi por meio da ideia de *débito conjugal* e, precisamente, da noção de que é o marido quem comanda a relação, que se implementou, no Código Civil o *direito sexual masculino de acesso sistemático ao corpo de mulheres (*PATEMAN, 1993). Sobre o tema, comenta Orlando Gomes: "Não só convivência, mas *união carnal.* O *jus in corpus* de cada cônjuge sobre o outro, implica, no lado passivo, o débito conjugal, que tem de ser cumprido para que a sociedade conjugal se mantenha íntegra" (GOMES, 1978, p. 150). A referência à obrigação dos cônjuges como *vida em comum, no domicílio conjugal* é, para o jurista, um eufemismo empregado para significar o efetivo exercício das relações sexuais entre os cônjuges. Quão longe foi o nosso Código Civil de 1916 em regulamentar o sexo no casamento. O sexo é um pressuposto do casamento, sendo dever, da mulher, por estar em constante débito e por ser subordinada, atuar nessa *coabitação.*

A implementação do *débito conjugal* não ficou apenas sob o encargo da doutrina e da legislação civilista. O dever sexual foi também previsto no Direito Penal, motivo pelo qual, por muitos anos, o marido não poderia ser considerado sujeito ativo do crime de estupro:

> Questiona-se se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges. O próprio *Codex Juris Canonici* reconhece-o explicitamente [...] O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de *exercício arbitrário das próprias razões*, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o *exercício regular de um direito* (HUNGRIA, 1956, p. 124-125).

[73] Com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, o dever de sustento ainda permaneceu nas mãos do marido, mas sob colaboração da sua esposa (GOMES, 1978).

A regulamentação penal do tema mostra como o casamento possuía um peso aprisionador sobre os corpos de mulheres. O casamento legitimava a posse sexual, mesmo que forçada, do marido. Tal como uma mercadoria, o corpo da mulher precisava estar, então, inteiramente disponível aos prazeres masculinos desenfreados. O Direito Penal legitimava a posse sexual forçada. O estupro marital passou a ser discutido judicialmente apenas há alguns anos.

A impossibilidade de caracterização do marido como estuprador, no âmbito do Código Penal, mostrou-se como herança das Ordenações Filipinas, que também não considerava como estupro o sexo violento e forçado do marido contra a esposa. São marcas da história que se fizeram presentes na legislação brasileira e ainda repercutem, mesmo que informalmente, nos dias de hoje.

A fidelidade é o último dever dos cônjuges para o qual se chama atenção. Pressuposto da monogamia e da ideia de indissolubilidade do casamento, foi inteiramente incorporada dos ordenamentos consagrados em Trento na legislação (art. 231 do Código Civil de 1916). Ao lado do casamento, constitui-se base propulsora do matrimônio enquanto um contrato sexual.

2.2 Dos deveres da mulher casada e sua (in)capacidade civil: a inferiorização da mulher pelo instituto do casamento no Código Civil de 1916

Curiosamente, em sua obra *Direito da Família* (1956), Clóvis Beviláqua frequentemente se refere ao "Direito dos povos antigos"[74] como aquele direito que consagra a incapacidade jurídica da mulher, sua inferioridade doméstica e civil, desencadeando, em um primeiro olhar, o entendimento de que o Código Civil de 1916 representou uma verdadeira evolução nos direitos das mulheres casadas.

De fato, em relação às Ordenações Filipinas, extremamente violenta às mulheres casadas, o Código Civil representou uma evolução na proteção das mulheres. A penalidade de morte para o adultério, por exemplo, não foi mais prevista no Código. No entanto, permanecem inúmeras heranças da tradição misógina histórica, que reproduziu a imagem da mulher negativa, lascívia e *satã,* digna de controle e inferiorização pelo casamento. Essa imagem foi transpassada e enraizada no Código Civil de 1916. No Capítulo *Dos Direitos e Deveres da Mulher*, podemos

[74] Sobre o assunto, comenta: "O Direito dos povos antigos, em suas remotas manifestações, consagra a incapacidade jurídica, a inferioridade doméstica e civil da mulher, embora se possam descobrir vestígios de um tempo ou de um grupo de povos, em que a família repousou, essencialmente, sobre o vínculo do parentesco feminino, e em que certa classe de mulheres gozava de alta consideração" (BEVILÁQUA, 1956, p. 138).

ver claramente a demarcação do lugar inferiorizado que elas ocupam dentro do casamento monogâmico.

O marido e a mulher – assim conceituada pelo Código Civil -, assumiram papéis diferentes no matrimônio. Conforme o art. 233, ele assumiu a *chefia da sociedade conjugal*[75], conceito esse que será reproduzido pelos Tribunais Superiores décadas depois, mesmo na vigência do Código Civil de 2002, e ela a função de colaboradora, chefia subsidiária[76].

Para fundamentar as distinções entre os papéis, Clóvis Beviláqua introduziu em seu livro um tópico inteiro para tratar sobre a misoginia e, contrariamente ao discurso *progressista* que vinha apresentando, sustentou, com base em preceitos biológicos, a necessidade de impor à mulher casada, direitos e deveres diferentes daqueles destinados ao marido, por possuir uma *inteligência* diferente da dele[77]. A mulher, em sua visão, não foi *talhada* para as mesmas tarefas que o esposo. A distinção física e biológica dos seus corpos foi apropriada pelo autor como elemento *naturalizador* das funções dentro do casamento.

> Mas, que a mulher não foi talhada para as mesmas tarefas que o homem, para funções absolutamente iguais, tenho por irrecusável. Basta atender para a organização física de ambos, que dessa dissemelhança estática resultam, forçosamente, diferenças funcionais, umas fisiológicas, outras puramente psíquicas. Como desconhecê-lo? Por que não afirma-lo?
> O homem, por sua própria organização, será mais apto para certos misteres, terá capacidade mais valiosa para certa classe de atos, mas não conseguirá igualar sua companheira em muitas outras aplicações de sua atividade. A este respeito, adota as conclusões de Varigny quando escreve: "Essa diferença é de ordem natural; é inevitável e necessária. Ela comporta um elemento mental; seguramente a inteligência da mulher é de ordem diversa da do homem; mas a diferença é de ordem, de natureza e não de grau. Não se comparam elementos diferentes, um ancinho e um pente, por exemplo; cada um tem sua função diversa e não há razão para colocar um acima do outro (BEVILÁQUA, 1956, p. 165).

---

[75] "Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interêsse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251)." (BRASIL, 1916).

[76] Embora os papéis tenham sido introduzidos de maneira distinta entre ambos, Clóvis Beviláqua assinala: "O progresso da cultura humana assinalou à mulher uma posição mais vantajosa no lar doméstico, cercando-a de direitos e impondo-lhe obrigações, visando consolidar e enobrecer a sociedade familiar." (BEVILÁQUA, 1956, p. 142).

[77] Supreendentemente, no sentido negativo, Beviláqua baseou-se no tamanho e no peso dos cérebros entre os sexos para legitimar as diferenças entre as funções do marido e da esposa: "Como era natural, num século de zimose científica, foram chamados os biologistas a pronunciar-se na questão feminista, cabendo-lhe dizer se a natureza apoiava todas as ambições, que agitavam os espíritos, se, anatômica e fisiologicamente, o cérebro da mulher equivalia ao do homem, já que, hoje, é o cérebro o instrumento principal do combate pela existência, áspero combate, em que êle se tem depurado, é certo, e também esgotado.
(...) O cérebro da mulher pesa menos do que o do homem, disseram sábios consultados (1-a). Porém, outros, não menos competentes, disseram que essas 130 ou 150 gramas de diferença em favor do homem, se compensavam pela diferença do volume, desfazendo-se a desigualdade aparente numa igualdade real.
(...)
Se, portanto, a anatomia e a fisiologia assinalam diferenças cerebrais nos dois sexos, essas não se explicam por aquisições seculares; eis a conclusão a que forçosamente somos levados, por ser rigorosamente lógica. Além disso, os biologistas vacilam, e se inclinam, nestes últimos tempos, a negar a existência dessas diferenças apreciáveis e capazes de servir de base a uma teoria, porque devem ser elas antes reflexas do que essenciais." (BEVILÁQUA, 1956, p. 161- 164).

"A diferença entre os sexos não é suficiente para assegurar a supremacia natural dos homens sobre as mulheres, porém ela acaba sendo suficiente para afirmar a supremacia conjugal" (PATEMAN, 1993, p. 81). É, principalmente, nesse capítulo do Código, que podemos perceber o êxito dos moralistas e teólogos da contrarreforma em introduzir, no casamento, o poder patriarcal. O poder do homem e do casamento, enquanto um contrato sexual, são fortemente incorporados pela legislação civil brasileira e por ela reproduzidos, legitimando, novamente, o *direito sexual masculino de acesso sistemático ao corpo de mulheres* (ALVES, 2012).

O poder do marido no casamento foi originalmente chamado de *poder marital.* Esse poder conferia direitos ao homem no casamento unicamente em razão do seu sexo. Antes das introduções feitas pela Lei Federal nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), competia-lhe: a) o direito de exigir a obediência da esposa; b) a fixação do domicílio conjugal, devendo a esposa segui-lo para onde fosse; c) a representação e defesa da esposa nos atos judiciais e extrajudiciais; d) o direito de administrar todos os bens do casal, inclusive os dela; e e) o direito de correição, podendo, por meio de castigos corporais, castigá-la para a correção de atitudes e hábitos *indesejados*.

Felizmente, a maioria desses direitos foram revogados. No entanto, a chefia da sociedade conjugal pelo marido não desapareceu. Com a promulgação da mencionada Lei, o Estado ainda deixou nas mãos dos homens as chefias da sociedade conjugal, abrindo uma pequena concessão – fictícia[78] - às mulheres, que passaram a ocupar o lugar de colaboradoras e auxiliadoras. Pelo art. 233 do Código Civil de 1916, o marido ainda era o chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Sobre a colocação da mulher no patamar de colaboradora, comentou Orlando Gomes: "A chefia da sociedade conjugal passou a ser uma função do marido a ser exercida com a

[78] Entende-se que o Estado, ao elencar a mulher ao patamar de *colaboradora*, quis dar um afago para as pautas feministas que questionaram os direitos maritais. Sobre o assunto, comentou a Professora do Departamento de História da Universidade de Brasília, Teresa Marques: "As restrições aos direitos civis das mulheres casadas sensibilizavam as feministas nos anos 1920, que, em seus congressos, promoveram debates sobre o assunto. Entretanto, nesta década, o movimento feminista organizado centrou seus esforços sobre a conquista dos direitos políticos, como era o estilo da liderança exercida por Bertha Lutz sob inspiração do movimento congênere norte-americano. Somente após ter sido conquistado o direito de votar, em 1932, as ativistas da FBPF incorporaram a reforma dos direitos civis entre suas diretrizes políticas imediatas. Tanto assim é que Bertha Lutz respondeu de duas formas à limitação que o quadro institucional brasileiro oferecia às mulheres pelo casamento, uma de ordem pessoal, outra de ordem pública. Pessoalmente, Bertha jamais se casou e aqueles que conviveram com ela atestam que ela justificava isso por ter temido perder sua independência e autonomia. Em termos públicos, Bertha pautou o exercício de seu mandato como deputada federal (julho de 1936 a novembro de 1937) pela reforma do estatuto jurídico das mulheres, inclusive as casadas, a fim de que os direitos trabalhistas então em discussão na Câmara pudessem ser exercidos plenamente também por todas as trabalhadoras." (Teresa MARQUES, 2004, p. 128).

colaboração da mulher, o que levou alguns escritores ao equívoco de supor que hoje é dupla a chefia" (GOMES, 1978, p. 167).

A chefia atribuiu ao homem prerrogativas especiais dentro do matrimonio, diferentes e, precisamente, superiores às destinadas para as mulheres. Segundo Pateman, "o fundamento natural que garante que prevalência da vontade do marido e não a da esposa é o de que o marido 'é mais capaz e mais forte'" (PATEMAN, 1993, p. 84). Em caso de divergência, era essencialmente a vontade dele que prevalecia. O Estatuto da Mulher Casada tão apenas incluiu a previsão da mulher recorrer ao judiciário para tentar mudar essa decisão. Essa *garantia* demonstra o alto grau de poder e relevância que tinha a vontade do homem dentro do casamento. Ante a uma discordância do casal, só lhes restava pedir socorro ao poder judiciário o qual, adianta-se, também foi – e é -, marcado pela *fraternidade masculina*. Ademais, chama-se atenção também para os entraves que o acesso ao Poder Judiciário representava – e ainda representa. Burocratizado e com um acesso de custo financeiro elevado, induzia as mulheres a se calarem e a obedecerem aos seus maridos. Nesse ponto, faz-se uma provocação pontual: Será que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário se unem em prol da fraternidade masculina? É uma questão a ser respondida nos próximos capítulos, após a análise da jurisprudência dos tribunais superiores.

Embora o Estatuto tenha *elevado* a mulher ao patamar de colaboradora, subsiste a hierarquia do marido. Antes de adentrar no matrimônio, todavia, a mulher era dotada de toda a sua capacidade civil. Quando o celebra, ela perde parte de sua autonomia. O casamento, no Código Civil de 1916, é um instrumento utilizado pelo Estado para minimizar as liberdades e os direitos das mulheres casadas. Sobre o assunto, assume Clóvis Beviláqua: "Atualmente, a mulher goza de capacidade civil a par do homem. Porém, casando-se, sofre limitações na sua capacidade civil (...)" (1956, p. 154). A incapacidade da mulher, todavia, é, para os olhos do fundador do Código, *compensada* pela proteção e pela vigilância tutelar do marido no lar.

As mulheres foram dotadas de capacidade para celebrar contratos de casamento. Presume-se que estes, com o seu fundamento no direito civil, eram celebrados de maneira livre pelos nubentes. A limitação da capacidade das mulheres por meio deste contrato *livre*, é mais uma prova de que a fraternidade masculina se uniu na elaboração das normas do Código Civil de 1916 – "As mulheres são propriedades, mas também pessoas; diz-se que as mulheres têm e não têm as aptidões necessárias para fazer contratos – e o contrato exige que sua feminilidade seja negada e afirmada" (PATEMAN, 1993, p. 93). O contrato de casamento estabelece, verdadeiramente, uma relação de subordinação (PATEMAN, 1993).

O art. 233 do Código Civil, imputou, ao marido, chefe da sociedade conjugal, os seguintes deveres: a) administração dos bens comuns do casal e os particulares da mulher; b) a fixação do domicílio da família; e c) o seu sustento, com a colaboração da mulher, no caso de esta ter rendimentos financeiros. Com as alterações do Código pelo Estatuto da Mulher Casada, a esposa passa a ser coobrigada nas finanças do lar.

A concessão de autonomia financeira para as mulheres, com a sua inserção no mercado de trabalho, representou, como veremos, um cheque sem fundos. O Estado, por meio do regramento civil, utilizou esse direito para, em caso de abandono de lar, lhe punir.

Conforme o art. 234 do Código, a obrigação de sustentar a mulher cessava, para o marido, quando ela abandonava sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta se recusava voltar. Como se não bastasse essa incoerência – ante a lógica dificuldade que as mulheres tinham para se inserir no mercado de trabalho, com trabalhos dignos -, o juiz poderia ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o *sequestro* de parte dos rendimentos particulares da mulher. Essa disposição revela-se, em verdade, como um mecanismo de punição às mulheres que deixavam seus lares *sem justificativa*. Ante as dificuldades encontradas para se inserir ao mercado de trabalho na época – mercado de trabalho em condições dignas -, o próprio corte do sustento já seria, por si só, uma punição. O sequestro do seu salário, em proveito do marido, demonstra o ódio e a misoginia penetradas na redação do Código. Não havia regramento similar em se tratando, por exemplo, de abandono de lar pelo homem[79].

Segundo Orlando Gomes (1978), outros deveres implícitos, não previstos originariamente no Código Civil, foram imputados aos homens casados. Esses deveres decorrem do fato de ser ele o *cabeça da relação conjugal.* Previstos de maneira consolidada tanto em Clóvis Beviláqua, quanto em Orlando Gomes, reforçam a noção da implementação do casamento na legislação civil enquanto um contrato sexual.

Era essencialmente o marido quem deveria, nos moldes do sistema jurídico civil de 1916, proteger a integridade física e moral da sua esposa, mesmo diante das introduções feitas pelo Estatuto da Mulher Casada na legislação[80]. "A liberdade transforma-se em obediência e, em troca, recebe-se proteção" (PATEMAN, 1993). A proteção é o principal meio de troca do

[79] A misoginia do Código Civil se fazia tão presente que, antes das alterações feitas pelo Estatuto, a mulher sequer tinha a capacidade de exercer profissão sem a autorização do marido. O sustento revelava-se como um mecanismo aprisionador de mulheres dentro dos lares.

[80] "O pacto original cria uma sociedade de senhores e escravos. O mais forte – de acordo com seus interesses próprios – conquista o mais fraco, desarma-o, apodera-se de seus bens, e então faz um contrato no qual o conquistado concorda, a partir daí, em trabalhar em troca da sua subsistência ou proteção (PATEMAN, 1993, p. 95).

contrato sexual do casamento e ele está presente no Código Civil de 1916[81]. As esposas, nos moldes do Código Civil de 1916, são donas de casa e "como os escravos, somente recebem a subsistência e proteção em troca do seu trabalho." (PATEMAN, 1993, p. 186).

Em que pese ter capacidade para celebrar o contrato, em virtude de sua capacidade se limitar com a sua celebração, a mulher sequer respondia pelas obrigações contraídas na esfera doméstica. A autonomia que lhes foi concedida, com o casamento, vira fictícia. Era dever do marido responder por tudo o que a esposa fizesse no espaço doméstico.

Por meio do contrato de casamento, o marido toma conta de tudo. É ele o *cabeça da relação,* o chefe da sociedade conjugal. Dito isso, questiona-se: sobra algum espaço para a esposa? Essa pergunta também já pressupõe uma resposta: o espaço doméstico. Segundo Orlando Gomes (1978) e Clóvis Beviláqua (1956), ao casar-se, a mulher *ganha* a *prerrogativa* de ser dona de casa. Além de receber a função de consorte e companheira do marido – que é inegavelmente inferior -, ganha o chamado *poder doméstico*. Por ser considerado um poder, ainda que muito restrito e castrador, foi o homem quem o concedeu à mulher sob a forma de uma *delegação*, explicada, por Orlando Gomes, pela teoria do mandato.

Com o avanço das pautas feministas e com a introdução dos direitos das mulheres na legislação, a supremacia masculina, personificada por meio da chefia da sociedade conjugal, passa a não se justificar mais nas diferenças naturais entre os sexos. Sob um discurso fictício e manipulador, sustentou-se a supremacia sobre a necessidade de se ter, na relação conjugal, uma unidade de direção (GOMES, 1978).

Com o Estatuto da Mulher Casada, a mulher pôde ter de volta a sua capacidade para aceitar heranças, tutela, curatela, mandato e litigar em juízo, sem a autorização do marido, tarefas essas que anteriormente não eram permitidas. No entanto, as funções *normais* da esposa ainda estavam compreendidas no poder doméstico. São *prerrogativas*, assim chamadas pela doutrina, que lhe foram concedidas em virtude de sua posição como dona de casa. Segundo Orlando Gomes: "Incumbe-lhe normalmente, na divisão de trabalho próprio da sociedade conjugal, cuidar da economia doméstica. Para esse fim, assegura-se-lhe o direito de praticar os atos destinados diretamente a atendê-la" (GOMES, 1978, p. 172). O *poder doméstico* que lhes foi concedido, abria as portas para a emancipação social e financeira do marido, não existindo, como sabemos, sem o trabalho doméstico (Katrine MARÇAL, 2017). Nasce uma esposa, nasce

[81] Sobre as trocas nos contratos que tem destaque na teoria clássica do contrato social, comenta Carole Pateman: "A princípio, a troca pode tomar muitas formas e qualquer tipo de propriedade pode ser trocada, mas os contratos que têm destaque na teoria clássica do contrato social não dizem respeito somente a bens materiais, mas à propriedade no sentido singular de propriedade que as pessoas detêm em si mesmas, e implicam a troca de obediência por proteção." (PATEMAN, 1993, p. 90).

uma dona de casa, uma escrava sexual e doméstica. No entanto, esses deveres domésticos, como veremos, transcendem os limites do próprio contrato de casamento. Esse poder inferiorizador está, na verdade, no cerne da monogamia, fazendo-se presente para além dos contratos de casamento.

Antes de sua total revogação, o Código Civil de 1916, ainda manteve, em seu regramento, um dispositivo próprio proibindo atos da esposa que não tivessem autorização marital. O art. 242, a despeito das autorizações outrora introduzidas pelo Estatuto da Mulher Casada, manteve restrições à liberdade da mulher, enquanto esposa.

Doutrinadores da época não aceitaram a ideia de que as mulheres saíssem de suas casas, dos seus deveres domésticos, para exercer profissões remuneradas. O jurista Alfredo Farhat, ao tratar do trabalho remunerado de mulheres, criticou-o, sob a justificativa de que a emancipação financeira *feminina* não era compatível com os afazeres domésticos. Em virtude de seu pensamento ser representativo de todo um posicionamento androcêntrico da época, entende-se ser necessária a sua transcrição:

> E emancipação feminina não é incompatível com as exigências da casa e da família, cabendo à mulher moderna conciliar harmoniosamente todas as necessidades oriundas de seu papel no lar e no trabalho, mesmo porque se o marido consegue os meios suficientes para uma vida confortável, ela, não poucas vezes, trabalha fora movida por injustificável ambição, vaidade, competição, desamor à família, incompreensão dos deveres que são tradicionalmente inerentes ao seu sexo.
> [...]
> Nos casos em que a mulher casada trabalhe, estude, exerça o magistério ou outra profissão fora do lar, este é geralmente negligenciado. Falta-lhe tempo necessário para atender aos afazeres caseiros, à assistência e orientação da prole, porque o nervosismo e o cansaço afetam o seu comportamento para os filhos e o marido, o que inexoravelmente, causa perturbações na vida comum e desarmonia do lar.
> Há um perigo maior ainda: os seus contatos fora da família, permitem-lhes conhecer outros homens, que, por faltar à convivência diária, ela considere melhor que seu marido e a levam a cortar o vínculo conjugal. (FARHAT, 1971, p. 70)

A emancipação financeira de mulheres representou uma ameaça ao poder patriarcal e à fraternidade masculina que incidia sobre as mulheres casadas e solteiras da época. Ante a esse perigo, buscaram, a todo custo, sustentar a destinação das mulheres ao lar. O sustento financeiro, uma das bases do casamento patriarcal nos moldes do Código Civil de 1916, se abalaria com a autonomia financeira das mulheres. Junto com ele, o próprio poder do marido e a existência do casamento.

2.3 A dissolução da sociedade conjugal no Código Civil de 1916 e o casamento como um instituto aprisionador

Como já mencionado em outros momentos, originalmente, a casamento foi introduzido na legislação civil de maneira indissolúvel. Permitia-se tão apenas o desquite – desencadeador da separação dos corpos.

Somente por meio da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que alterou o art. 175 da Constituição Federal de 1967, legalizou-se o divórcio. Esse instituto foi, por conseguinte, regulamentado pela Lei Federal nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

O casamento indissolúvel teve vigência na legislação brasileira por, aproximadamente, 60 (sessenta) anos. O que levou a nossa legislação a impor o casamento indissolúvel por tanto tempo? Orlando Gomes (2006), na obra *As Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro* comenta que o Brasil sempre teve uma indisposição com o divórcio. Segundo o autor (2006), o Professor Coelho Rodrigues, na exposição dos motivos do seu Projeto de Código Civil, declarou que foi contra à introdução do instituto do divórcio na legislação civil. Pensou em sua inclusão unicamente para os casos de adultério, mas retrocedeu diante das prioridades masculinas. Em sua visão, a autorização do divórcio por adultério também valeria para os casos em que este fosse praticado pelos homens, embora, em sua visão, fosse esse fato *menos* grave que o da mulher.

A sua justificativa para a não inclusão da previsão revela o espírito fraternal, malicioso e misógino do Código Civil, claramente influenciado pelas disposições Filipinas. Eram, verdadeiramente, as mulheres quem carregavam a sociedade, essencialmente formada pela família, pela *moral e pelos bons costumes,* sobre suas costas, às custas do adultério masculino, minorado e legitimado pelo Estado, pelo Direito e pela sociedade.

> se não estou muito enganado, no dia da exequibilidade da lei, que o fizer, noventa por cento, pelo menos, das senhoras casadas da nossa sociedade poderão propor a dissolução de seu casamento, o que equivaleria à dissolução da própria sociedade (GOMES, 2006, p. 15).

Influenciado pelas experiências coloniais, Clóvis Beviláqua não introduziu o divórcio por acreditar que esse instituto desencadearia um regime de *poligamia sucessiva.* Em sua obra *Em Defesa do Projeto do Código Civil Brasileiro*, de 1906, expôs os motivos para não se conceder flexibilidade quanto à indissolubilidade do matrimonio. A introdução do divórcio, em sua visão, facilitaria o aumento das paixões animais, o enfraquecimento dos laços de família e, por conseguinte, da organização social. Para Clóvis Beviláqua, *mais repugnante do que a própria poligamia* sucessiva – formação sexual/afetiva em que o homem se relaciona com mais de uma mulher -, seria o desencadeamento da *poliandria sucessiva* – formação sexual/afetiva em que uma mulher se relaciona com mais de um homem. Permitir o divórcio, seria, em sua

visão, um retrocesso moral: “Teremos recuado da situação moral da monogamia para o regímen da poligamia sucessiva, que, sob a forma de poliandria, é particularmente repugnante aos olhos do homem culto” (*sic)* (BEVILÁQUA, 1906, p. 97-98).

Nas entrelinhas do pensamento de Clóvis, é possível se interpretar uma lógica de legitimação da poligamia na sociedade. Embora não houvesse a formalização desta, os fundamentos para a não inclusão do divórcio no sistema jurídico nos concedem pistas de que a sociedade, o Estado e o nosso sistema jurídico eram convenientes com o adultério praticado pelo homem. Certamente essa validação ainda tinha influência das disposições discriminatórias das Ordenações Filipinas, que minoravam o adultério praticado pelo homem casado.

O controle do corpo da mulher também permanece claro nesse posicionamento, vez que a poliandria se torna, incoerentemente, em um fato mais repugnante do que a própria poligamia. São dados que, como veremos no decorrer desta pesquisa, revelam o Estado como um *ser masculino*, isto é, com um corpo, nos moldes da legislação de 1916, essencialmente masculino. *Ele* constitui e gerencia a ordem social para os interesses masculinos por meio de suas normas legitimadoras, sob as vestes disfarçadas da legalidade do Estado de Direito (Catharine MACKINNON, 1989). Resta saber se, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, esse corpo permanecerá intacto.

Para Beviláqua (1906), aliado à cultura e à moral, o Direito deveria ser um instituto destinado a conter a *animalidade humana*, visando canalizar os impulsos individuais para o fim da conservação e do bem-estar social. O sistema jurídico, produto do meio social, é dotado de poder e atua, justamente, no controle dessa *animalidade*. Controla-se o sentimento, os desejos, as relações sociais e o prazer. A não introdução do divórcio na origem de nossa legislação civil, revela-se ser mais uma forma de controle da sexualidade dos indivíduos, mais precisamente, da liberdade de mulheres. Há toda uma administração jurídica e social dos corpos para satisfazer os interesses dos homens (MACKINNON, 1989), pois, como nas palavras de Coelho Rodrigues, dar o poder de divórcio às mulheres, ante a legitimação social do adultério masculino, desencadearia a própria dissolução da sociedade. Por isso que Beviláqua também considerou o divórcio como mecanismo nefasto (BEVILÁQUA, 1906).

A Lei Federal nº 6.515, de 1977 (Lei do Divórcio), representou uma verdadeira quebra de paradigmas no Direito, fortemente influenciado pela Igreja e por seus preceitos canônicos. No entanto, ao mesmo tempo em que legitimou esse mecanismo dissolutivo, o Estado se minou de diversos artifícios para manter a família em seus moldes originais na sociedade, impondo obstáculos à sua concretização.

Diferentemente da forma em que acontece atualmente, pelo regimento civil antigo, o divórcio só poderia ser concedido se houvesse prévia separação judicial dos cônjuges. Originalmente, exigia-se que os cônjuges estivessem separados judicialmente há mais de três anos, exigência que foi diminuída para um ano em 1992. Esse regramento encontrou justificativa no interesse estatal de reconciliação dos cônjuges, para que a família não fosse *destruída*. A necessidade de se tentar, a todo custo, a reconciliação do casal, foi, inclusive, inserida na Lei do Divórcio de maneira expressa, em seu art. 3º, §2º, nesses termos: "o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário" (BRASIL, 1977).

Os cônjuges, para terem seu vínculo completamente dissolvido, deveriam esperar mais de 1 (um) ano, pelo menos, para terem acesso ao divórcio. Enquanto isso, ficariam juridicamente vinculados entre si, não podendo contrair novo matrimônio, sob pena de bigamia.

Ademais, para além da separação judicial, a concessão do divórcio exigia o consentimento mútuo, de ambos os nubentes, e/ou a verificação de uma causa legal, devidamente reconhecida pelo juízo (GOMES, 1978)[82].

A luta para implementação do divórcio, diante da forte influência que a Igreja exercia – e ainda exerce - foi árdua, fato esse reconhecido pelas doutrinas da época. Introduziu-se o divórcio, mas com muitas limitações. Em sua versão original, a Lei Federal nº 6.515, de 1977, em seu art. 38, regulamentou que o divórcio só poderia ser formulado uma única vez. A justificativa, encabeçada pelos chamados *antidivorcistas* foi uma tentativa de coibir a *poligamia sucessiva*, consequência do divórcio que já havia sido destacada por Beviláqua, em 1906. Dogmas cristãos também influenciavam os *antidivorcistas*. A Lei Federal que regulamentou o instituto, também não esconde seus fundamentos cristãos, vez que em seu art. 24, que não foi posteriormente alterado, regulamentou que *o divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso.* A redação do dispositivo, além de demonstrar preocupação com o casamento religioso, revelando inegavelmente sua ligação com a Igreja, é incoerente. Como

[82] Orlando Gomes conceituou o divórcio nos moldes do Código Civil de 1916 e da Lei do Divórcio:
"Divórcio [e a dissolução de um casamento válido, pronunciada em vida dos cônjuges mediante decisão judicial, em virtude de um acordo de vontades, conversão de separação judicial, ou causa taxativamente enunciada na lei.
(...)
A dissolução completa do casamento há de resulta:
a) Do consentimento mútuo;
b) Da preexistência da separação judicial;
c) Da verificação de uma causa legal" (GOMES, 1978, p. 309).

já exposto nesta pesquisa, o casamento religioso, nos moldes tridentinos, é indissolúvel. Nem o divórcio tinha a capacidade de lhe colocar fim.

O estudo da separação judicial – instituída pela Lei como substituta do desquite - também nos revela importantes dados envolvendo a mulher e a valorização do casamento.

A partir da redação original do Código Civil, a mulher era obrigada a usar o sobrenome do seu marido, pois a família se identificava pelo nome do varão. A Lei do Divórcio, em seguida, tornou facultativa a adoção do nome do cônjuge. No entanto, se a esposa fosse vencida na ação de separação judicial e considerada *culpada,* ela obrigatoriamente perdia o direito de uso do sobrenome do marido[83]. Ela era igualmente punida se fosse ela a autora da ação ou seja, se a separação fosse de sua iniciativa. Apenas nos demais casos, caberia à esposa a opção pela utilização ou não do sobrenome do marido. São regramentos que, inegavelmente, têm por pretensão punir a mulher *culpada* ou aquela que quer se separar (Maria Berenice DIAS, 2015). A punição incide sobre a identidade da mulher, violando os seus direitos de reconhecimento e personalidade (MELO, 2013)[84].

Como forma de coibir a dissolução do matrimônio e priorizar a sua indissolubilidade, a separação judicial não foi admitida em qualquer caso pelo ordenamento jurídico. Ela não se consumava por ato unilateral se fosse solicitada fora das causas autorizativas. A separação judicial foi, desde logo, conceituada como um acordo de vontades mútuas ou pela existência de uma causa legal reconhecida pelo juiz, autorizadora da separação (GOMES, 1978). Se foi o próprio cônjuge interessado na separação quem deu causa, ele não poderia propor a ação judicial. Apenas quatro situações ensejariam a separação judicial: a) a grave violação dos deveres do casamento, que torne insuportável a vida em comum, estando nela incluída a mais grave das violações consistente no adultério; b) a conduta desonrosa; c) a ruptura da vida em comum por mais de um ano; e e) grave doença mental. Todas essas causas só eram justificativas para o término se tornassem, efetivamente, insuportável a vida em comum. A causa da separação e a insuportabilidade do vínculo deveriam estar devidamente comprovadas.

---

[83] "Art. 17 - Vencida na ação de separação judicial (art. 5º " caput "), voltará a mulher a usar o nome de solteira.
§ 1º - Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo, quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 5º.
§ 2º - Nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada." (BRASIL, 1977).

[84] A pesquisadora Thaís Requião Melo, analisando o desquite, instituto similar à separação judicial, comentou: "Se não bastasse, além de ser destituída do direito aos alimentos, a mulher ainda era compelida a retirar de seu nome o sobrenome acrescido pelo marido em razão do casamento, o que, à época, era obrigatório. Acontece que o nome integra os direitos da personalidade, visto que é o meio pelo qual se designa e se identificam as pessoas. Assim, a ação de desquite viola um dos direitos da personalidade, que são invioláveis segundo a própria prescrição normativa" (2013, p. 109).

Apesar de prevista, não era, então, a separação judicial uma saída corriqueira a ser utilizada pelos cônjuges. Se a mulher, por exemplo, deixasse de amar o seu esposo, ela não poderia, imediatamente, pedir a separação. Concedeu-se um direito, mas introduziu-se inúmeros artifícios para que o casamento indissolúvel fosse mantido. Novamente, revestido sob as vestes disfarçadas de Estado democrático de Direito, o ordenamento jurídico controlava a liberdade sexual e afetiva das pessoas. Inegavelmente, o medo de se instaurar a *poligamia sucessiva* ou *pior,* a *poliandria*, presentes no Brasil Colônia, também marcaram presença na introdução do divórcio no direito brasileiro. O casamento foi, durante muito tempo, incentivado e imposto, a todo custo, aos indivíduos pelo Direito.

As causas de anulação do casamento, previstas no art. 218 e 219 do Código Civil, também nos revelam importantes fundamentos do casamento heterossexual monogâmico no Brasil.

O art. 218 preceituava que o casamento seria anulável se houvesse por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essência quanto à pessoa do outro. O legislador não perdeu tempo e conceituou, logo no art. 219, o conceito de *erro essência quanto a pessoa do outro.* Dentre os mais importantes para análise desta pesquisa, estão os conceitos ligados à ignorância anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, capaz de pôr em risco a descendência do cônjuge; o que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama; bem como o defloramento da mulher, ignorado pelo marido[85].

Inserido no conceito de defeito físico irremediável, desconhecida pelo cônjuge antes do casamento, e apto a pôr em risco a descendência do marido, estava a ideia de inaptidão de um dos nubentes à realização do ato sexual. Na hipótese, segundo Beviláqua (1956), não estava inserida a esterilidade, seja do homem ou da mulher. O defeito, nesse caso, era físico a ponto de inviabilizar o ato sexual. Essa hipótese de anulação revela o elevado grau de importância do sexo e da procriação no casamento. Se o ato fosse inviável, o casamento seria anulado por perder a sua razão de ser.[86]

A perda da virgindade da mulher, desconhecida pelo marido e anterior ao casamento, também era causa de sua nulidade. Para os legisladores e doutrinadores da época, a virgindade da mulher era um indício de honestidade e recato, sendo considerada, segundo Beviláqua,

[85] O art. 178 do Código Civil preceituava que prescreveria em 10 (dez) dias, contados do casamento, a ação do marido para anular o matrimônio contraído contra mulher já deflorada (BRASIL, 1916).

[86] Sobre o assunto, comentou Clóvis Beviláqua: "A expressão – defeito físico irremediável, anterior ao casamento, sem excluir outros, refere-se particularmente, à incapacidade *coeundi*. A esterilidade não se considera defeito físico, visto não constituir deformidade. Aliás não realiza também a condição de anterioridade ao casamento" (1956, p. 139).

condição essencial pressuposta para o casamento. A sua inexistência, desencadearia então a anulação do casamento por parte do cônjuge *ofendido*, que ficaria extremamente ofendido ao descobrir a perda do recato da sua escolhida. A virgindade da mulher assumiu uma qualidade de importância essencial para o casamento, um requisito para concretizá-lo (GOMES, 1978). A virgindade do homem, no entanto, sequer é citada na legislação e na doutrina. Sobre o tema, comentou Clóvis Beviláqua:

> O defloramento da mulher ignorado pelo marido. A virgindade da mulher, que contrai primeiras núpcias, por isso mesmo que é indício de honestidade e recato, é considerada condição essencial pressuposta para o casamento. A sua falta autoriza a anulação do casamento por parte daquele que acreditara na sua existência, e que, certamente, ficará gravemente ofendido com a verificação da realidade (BEVILÁQUA, 1956, p. 129).

A anulação do casamento ocorria por meio de uma ação anulatória. Para a comprovação da perda da virgindade, a mulher, até então esposa, passava por inúmeros constrangimentos até ter o seu casamento efetivamente anulado. A partir de uma pontual pesquisa da jurisprudência da época, identificou-se que, além de provas testemunhais colhidas no transcorrer da instrução, o juízo solicitava perícia médica[87], para avaliar as partes íntimas da mulher. Apenas com a efetiva comprovação do *defloramento*, o casamento seria anulado. Junto com a anulação do casamento, caia também toda a honra e a integridade da mulher, que se tornaria inapta para contrair um novo matrimônio.

A exigência desigual e misógina da virgindade revela o controle do Estado feito sobre a sexualidade das mulheres. A virgindade tornou-se, de maneira clara, preceito fundamental da celebração do casamento. Vestido de legitimidade, o Estado castrou e controlou a liberdade sexual das mulheres anteriormente ao casamento. Regramento de igual teor, ressalta-se, não se fez presente para os homens. Para eles, a liberdade sexual vigorava, ainda que sob uma cortina de fumaça branca.

[87] Processual Civil e Civil. Defloramento. Danos morais e materiais. Prova. Necessidade de perícia médica. Constituição do dote. Artigo 1.548 do Código. 1. Danos morais. Se o réu contesta o fato constitutivo do direito da autora, a esta incumbe o ônus de prová-lo. A perícia médica, não realizada, era essencial à prova do defloramento. Relação sexual ocorrida em setembro/93 e ingresso da ação em março/95. A prova testemunhal no caso, é insuficiente, pois os depoimentos não são incisivos no sentido da confirmação do fato. 2. Também os danos materiais não restaram provados, pois não existe nos autos nenhum documento que comprove as despesas com tratamento médico. 3. Apelação provida. Sentença reformada (BRASIL, TJ-DF - AC: 4581997 DF, Relator: CAMPOS AMARAL, Data de Julgamento: 17/11/1997, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 11/02/1998 Pág. : 49).

Há pouco mais de 25 anos atrás, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, seguindo o entendimento de diversos outros tribunais nesse mesmo sentido, anulou um casamento pelo *defloramento* da esposa:

> REMESSA EX OFFICIO AÇÃO DE ANULACAO DE CASAMENTO - DEFLORAMENTO DA MULHER, IGNORADO PELO MARIDO - ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO OUTRO CONJUGE - PROCEDENCIA - REMESSA IMPROVIDA. 1 - COMPROVADO NOS AUTOS ATRAVES DO LAUDO DE EXAME DE CONJUNCAO CARNAL O DEFLORAMENTO DA MULHER, O QUE ERA IGNORADO PELO MARIDO, ACERTADA A DECISAO QUE ANULA O CASAMENTO, NA FORMA PREVISTA NOS ARTIGOS 218 E 219, IV, DO CÓDIGO CIVIL, POR ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO CONJUGE, JA QUE A AÇÃO FOI PROPOSTA ANTES DE DEZ DIAS DA CELEBRACAO DO ENLANCE. 2 - REMESSA IMPROVIDA.
> (BRASIL, TJ-ES - Remessa Ex-officio: 2979000136 ES 002979000136, Relator: JOSÉ EDUARDO GRANDI RIBEIRO, Data de Julgamento: 30/06/1998, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/08/1998).

Os preceitos cristãos de castidade e recato, disseminados pelos teólogos e moralistas da contrarreforma, surtiram efeitos na regulamentação do corpo de mulheres.

A preocupação do Direito foi tanta a respeito do *defloramento* da mulher que o elencou, de maneira expressa, dentre as causas anulatórias do casamento. Como comenta Orlando Gomes (1978), a própria previsão de anulação por erro quanto a honra e boa fama já incluiria, de maneira implícita, o caso da perda da virgindade[88].

A ausência de pagamento do débito conjugal – eufemismo introduzido pela Igreja para se referir às relações sexuais, devidamente incorporado pelo Código Civil -, contraído a partir da celebração do casamento, também foi causa autorizativa para a sua anulação. Pouco antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou a anulação do casamento por erro, em virtude de recusa da mulher ao pagamento do débito. O mesmo entendimento foi exarado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao analisar caso de recusa de sexo na noite de núpcias e nos dias seguintes, em 1986[89].

---

[88] Sobre o tema, comentou Orlando Gomes: "O defloramento da mulher, desconhecido do marido, foi destacado como hipótese específica de anulação do casamento por erro essencial devido à importância que, em nossos costumes, se atribui à virgindade. Incorrem em equívoco os que acham ser estranho ao conceito o elemento da honra e boa fama, e entendem que, na hipótese, só se cogita do erro sobre a qualidade física. O defloramento sem quebra de honra, como o que resulta, por exemplo, de acidente, não legitima a anulação do casamento" (1978, p. 95).

[89] A RECUSA AO DÉBITO CONJUGAL. MANIFESTADA DE MODO PEREMPTÓRIO PELA ESPOSA LOGO NA NOITE DE NÚPCIAS E QUE PERSISTE PELOS DIAS SEGUINTES. IMPEDINDO A CONSUMAÇÃO DO MATRIMÔNIO, CONSTITUI ERRO ESSENCIAL QUANTO À PESSOA DO CÔNJUGE, HÁBIL A INVALIDAR O CASAMENTO. NÃO É SUFICIENTE PARA AFASTAR O ERRO, A CIRCUNSTÂNCIA DE SABER O MARIDO DA GRAVIDEZ DA ESPOSA. NO CASO, IMPORTA CONSIDERAR QUE A MULHER, AO CASAR, EMITIU O CONSENTIMENTO EM DESACORDO COM O SEU QUERER ÍNTIMO, MANTENDO EM ERRO O MARIDO.

> ANULACAO DE CASAMENTO. RECUSA AO DÉBITO CONJUGAL. A RECUSA INICIAL E DEFINITIVA DA MULHER AO "DEBITUM CONJUGALE" DEMONSTRA QUE O VARAO, AO CONTRAIR NUPCIAS, INCORREU EM ERRO ESSENCIAL QUANTO A PESSOA DA NUBENTE, O QUE TORNA INSUPORTAVEL A VIDA EM COMUM, AUTORIZANDO A ANULACAO DO CASAMENTO NOS TERMOS DOS ARTIGOS 218 E 219 DO CÓDIGO CIVIL. (Reexame Necessário Nº 583034806, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Athos Gusmão Carneiro, Julgado em 22/11/1983)
> (BRASIL, TJ-RS - REEX: 583034806 RS, Relator: Athos Gusmão Carneiro, Data de Julgamento: 22/11/1983, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia).

A partir da previsão desigual de conservação da virgindade da mulher como qualidade essencial ao casamento, é possível percebermos que a finalidade de *legitimação das relações sexuais pelo casamento*, incluída na teoria de Maria Helena Diniz, Clóvis Beviláqua e Orlando Gomes, aplicava-se tão apenas para as mulheres. O casamento, tinha, verdadeiramente, a qualidade de legitimar os atos sexuais das mulheres, haja vista que a virgindade não foi solicitada aos homens como um requisito essencial ao casamento. Nesse aspecto, o casamento se revelava então como um mecanismo legitimador da sexualidade das mulheres e, ao mesmo tempo, aprisionador, ante a tantos deveres domésticos que lhes foram imputados e à dificuldade para sair desse instituto castrador claustrofóbico.

2.4 O tratamento dado ao concubinato no Código Civil de 1916: a incidência do poder doméstico para além dos limites do casamento

O casamento foi introduzido em nossa legislação civil de 1916 como o único instituto jurídico apto a formar famílias legítimas. Por conseguinte, toda relação que ocorresse fora do núcleo familiar do casamento era taxada de ilegítima pelo ordenamento jurídico, não sendo, portanto, merecedora de proteção jurídica.

Segundo Silvio Venosa (2023), as dificuldades para se efetivar a separação judicial, implementadas pelo Direito, ou o próprio casamento, deram origem a novas formações familiares, constituídas para além do matrimônio. Famílias passaram a se constituir por meio de pessoas que eram solteiras, desquitadas, separadas judicialmente ou divorciadas, às margens, portanto, do ordenamento jurídico.

(BRASIL, TJ-DF - REO: 411 DF, Relator: LUIZ CLAUDIO ABREU, Data de Julgamento: 06/11/1985, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 06/02/1986 Pág. : 883)

Ao mesmo tempo, relações amorosas/afetivas/sexuais, formadoras, em grande maioria dos casos, de verdadeiras famílias – em uma visão garantista, com embasamento na Constituição de 1988 -, também ocorriam de maneira paralela ao casamento. O adultério, historicamente controlado e rechaçado, também se fez presente na época da vigência do Código Civil de 1916.

A partir do século XX, coube à doutrina a elaboração de institutos jurídicos para regulamentar essas relações, originalmente desprotegidas pelo Direito. Essas relações que ocorriam às margens do casamento e da legislação civil foram chamadas de relação concubinária ou, propriamente, de concubinato (AZEVEDO, 2019).

Álvaro Villaça Azevedo (2019) se encarregou de apresentar o conceito etimológico da palavra concubinato: "Em sentido etimológico, *concubinatus*, do verbo *concumbere* ou *concubare* (derivado do grego), significava, então, mancebia, abarregamento, amasiamento, dormir com outra pessoa" (2019, p. 205). Em obra clássica sobre o tema, Edgard de Moura Bittencourt (1985) conceituou que a união livre e concubinato são ideias semelhantes, abrangendo a relação entre *o homem e a mulher* fora do matrimônio. Seria um conceito nobre para a união livre e menos nobre para as relações de concubinato, marcadas pela existência de um casamento e um adultério.

Foram criados na doutrina dois conceitos de concubinato: o concubinato puro – que mais tarde, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi reconhecido como união estável – e o concubinato impuro, marcado pelo adultério. "É puro o concubinato, quando se constitui a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima ou de outra família de fato (...). Assim ocorre, por exemplo, quando coabitam solteiros, viúvos, separados judicialmente ou de fato, divorciados, sob essa forma familiar" (AZEVEDO, 2019, p. 208). Sobre o impuro, comentou Álvaro Villaça: "Impuro é o concubinato, se for adulterino, incestuoso ou desleal, como, respectivamente, o de um homem casado, que mantenha, paralelamente a seu lar, outro de fato; o de um pai com sua filha; e o de um concubino formando um outro concubinato" (AZEVEDO, 2019, p. 208)[90]. Esse sentido envolvendo a relação afetiva de pessoas impedidas de se casarem, deveria ser, na opinião de Regina Beatriz "repelido pelo direito" (Regina Beatriz SILVA, 1992, p. 44)[91]. Essa também era a visão de Silvio Venosa e Álvaro Villaça Azevedo.

[90] No ano de 1961, o Supremo Tribunal Federal conceituou o concubinato, nestes termos: "Concubina é a amante, é a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, com prática de bigamia, em que o homem frequenta simultaneamente ao lar legítimo e constituído segundo as leis" (SILVA, 1992, p. 44).

[91] Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito de concubinato puro passou a não ser mais utilizado pela doutrina. As relações de concubinato puro passaram a ser chamadas de união estável.

O Código Civil de 1916, mesmo diante das transformações vivenciadas ao longo dos anos, nada regulamentou sobre o concubinato puro, deixando, de fato, sob o encargo da doutrina e da jurisprudência a sua regulamentação. No entanto, com o intuito de sempre proteger o patrimônio da família formada pelo casamento, o concubinato impuro aparece em seu texto. A traição como um atributo feminino – em virtude de a mulher ser lascívia e *satã* -, incorporado pelas Ordenações Filipinas, também foi reproduzido pelo Código Civil de 1916[92]. A palavra concubinato e, muito menos, concubino, não aparece no decorrer do texto normativo. Todas as vezes que o Código quis proteger o patrimônio proveniente do casamento, ele se referiu à concubina. Por exemplo, para proteger o casamento, a esposa poderia livremente reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos *pelo marido à concubina* (regulamentação prevista no art. 248 do Código[93]). *As concubinas* também não poderiam ser nomeadas herdeiras, nem legatárias (art. 1.719). Embora o esposo que cometa adultério também seja, conceitualmente falando, um concubino, ele sequer recebeu essa nomeação no Código Civil. O homem, mesmo concubino, não perdeu sua classificação de marido com o adultério. Essa realidade era, no entanto, bem diferente para a mulher, que saia dessas relações estigmatizada e, na maioria das vezes, só com uma indenização pelos *serviços* – domésticos e sexuais – prestados ao concubino.

Em nenhuma das situações, como regra, os concubinos teriam direitos resguardados. A existência de uma relação concubinária, antes da Constituição Federal de 1988, não gerava nenhum direito entre os envolvidos.

No entanto, após forte embasamento doutrinário e jurisprudencial, em 1964, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 380, hoje não mais utilizada, que regulamentava: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido com o esforço comum" (BRASIL, 1964). Em apoio a esse entendimento sumulado, os nossos Tribunais dos Estados entediam então que o simples concubinato não gerava direitos ao patrimônio do companheiro. Mais do que a relação concubinária, seria necessária a prova de esforço para a formação da sociedade de fato, com a colaboração econômica ou financeira dos concubinos para a concretização do patrimônio comum (AZEVEDO, 2019).[94]

[92] O atributo feminino da traição também se fez presente no Código Penal de 1830. O caput do art. 250 do Código tratou de regulamentar o crime em relação, primeiro, à mulher.
[93] O marido, no entanto, poderia doar seus bens próprios à concubina, não podendo a esposa reivindicar. A presença dessa previsão, mesmo que implícita, é mais um indicativo de que o Estado legitimou o adultério masculino.
[94] Esse entendimento foi alterado pela Constituição Federal de 1988.

Álvaro Villaça Azevedo (2019) comentou que a mencionada Súmula do Supremo Tribunal Federal, não diferenciava as espécies de concubinato, exigindo, tão apenas, essa participação comum, na aquisição proprietária, seja no concubinato puro, seja no impuro. O fundamento desse regramento jurídico não se baseou, propriamente, na garantia de direitos de mulheres, mas sim, na preocupação de enriquecimento ilícito dos concubinos.

O conceito de sociedade de fato, necessária para que os direitos fossem concedidos, não estava atrelado ao direito de família, mas ao direito societário, pelo que essas situações foram julgadas pelo direito obrigacional. Conceito presente no art. 1.363 do Código Civil, sociedade de fato era "quando duas pessoas se unem e mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns, mas não realizam o respectivo registro, podendo o contrato ser verbal ou escrito, nos termos do art. 1.366 do Código Civil" (SILVA, 1992, p. 47). Ademais, para a divisão de patrimônios, seria necessário que houvesse um considerável aumento patrimonial desde o início do relacionamento, ou a obtenção de bens novos, em seu decorrer[95].

Questão de suma importância está atrelada ao sentido interpretativo da expressão *esforço comum*, necessária à partilha de bens. Duas interpretações jurisprudenciais existiam sobre a temática:

> 1º. - a concubina só tem direito à participação no patrimônio se concorreu com seu esforço pessoal na atividade lucrativa do companheiro, ajudando-o, por exemplo no balcão de sua loja ou padaria, em seu consultório ou escritório, em sua fábrica, ou oferecendo-lhe recursos materiais;
> 2º.- concorre para a formação do patrimônio a concubina que se dedica à administração do lar, oferecendo ao concubino tranquilidade e estabilidade, criando e educando os filhos comuns. (SILVA, 1992, p. 47).

[95] João Baptista Villela fez uma crítica, no artigo *O Casamento entre o sonho e a realidade*, sobre a repartição de bens:
"Só que casamento é sociedade, mas não é apenas sociedade. Ou melhor: é uma sociedade que vai além dos modelos estritamente econômicos, alcançando nichos muito íntimos e pessoais. Nele estão envolvidos os bens, mas também outros valores dos cônjuges. Uma repartição pura e simples do patrimônio pode não exprimir uma solução desejável.
(...)
Pior ainda: e se não houver bens? Ou se os bens existentes forem escassos demais para, divididos, não deixarem minimamente atendidos ex-marido e ex-mulher?
Deve-se considerar, ademais, que há coisas até certo ponto irrepartíveis. Por exemplo, a formação profissional, que se traduz em termos econômicos, na capacidade de produzir riquezas ou, em linguagem mais prosaica, no poder de ganhar dinheiro. (...)
Pode acontecer, porém que a enfermeira, ao se casar, tenha abandonado a carreira profissional para se dedicar ao marido, aos filhos ou à administração do lar. Enquanto, desse modo, se limitava profissionalmente, perdia contato com seu meio e via desatualizarem-se seus conhecimentos, o marido, apoiado pelo conforto que lhe dava a mulher, crescia e desenvolvia-se profissionalmente, aumentando seu potencial de ganho. A separação que não levasse em consideração estas circunstâncias seria iníqua, pois estaria legitimando um verdadeiro enriquecimento do marido a expensas da mulher" (VILELLA, 2023, p. 384-385).

Havia controvérsias em relação à segunda interpretação, vez que os doutrinadores da época entendiam que os afazeres domésticos em nada promoviam o enriquecimento patrimonial do concubino. Em muitos casos esse era o sentido adotado, inclusive, como veremos, pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Caso não houvesse comprovação de esforço comum, no máximo, os Tribunais concediam à concubina uma remuneração ou indenização pelos *serviços* – sexual e doméstico – prestados durante o relacionamento. Sobre o assunto, se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, nos anos 2000:

> CIVIL. FAMÍLIA. CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA DE BENS. SERVIÇOS DOMÉSTICOS. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. A contribuição da concubina, para se ter por configurada a sociedade de fato, quando reconhecida a convivência more uxorio e a existência de bens adquiridos nesse período, pode decorrer das próprias atividades exercidas no recesso do lar e não apenas pela entrega de dinheiro ou bens ao companheiro. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.
>
> (BRASIL, STJ - REsp: 60073 DF 1995/0004944-9, Relator: Ministro BARROS MONTEIRO, Data de Julgamento: 19/10/1999, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 15/05/2000 p. 162 RJADCOAS vol. 12 p. 42 SJADCOAS vol. 108 p. 123)

Quando os afazeres domésticos eram desconsiderados pelos Tribunais para a formação do patrimônio comum ou quando esse era inexistente, aplicava-se, à concubina, *indenização pelos seus serviços prestados ao concubino*[96]:

> DIREITO CIVIL. CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO À MULHER POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS. CABIMENTO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. - As duas Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte, à qual incumbe o exame da matéria concernente ao Direito Privado, já assentaram o entendimento de que, nos casos em que não haja a comprovação da sociedade de fato entre os concubinos, que garantiria a meação do patrimônio, é possível ser deferida à mulher a indenização por serviços domésticos efetivamente prestados durante a vida em comum.

[96] Esse era o entendimento dominante da época:
CIVIL. CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. INEXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO A PARTILHAR. SERVIÇOS PRESTADOS. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. QUANTUM. LIQUIDAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. I - Circunstâncias especiais, pelas quais não se afere a efetiva participação de um dos envolvidos na formação do patrimônio, podem ensejar indenização em decorrência da convivência concubinária. Em outras palavras, não havendo patrimônio a partilhar, tem a companheira o direito de pleitear indenização pelos serviços prestados ao concubino. II - Não obstante o provimento do recurso e a consequente procedência do pedido, fica para a liquidação, no caso, a apuração do quantum indenizatório, considerando a necessidade de demonstração de circunstâncias fáticas não presentes nos autos
(BRASIL, STJ - REsp: 182550 SP 1998/0053543-8, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 24/08/1999, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.09.1999 p. 66RSTJ vol. 133 p. 382)

> (BRASIL, STJ - REsp: 151238 PB 1997/0072619-3, Relator: MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 25/03/1999, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 10/05/1999 p. 180RDR vol. 17 p. 394)

Por mais que fosse uma forma de conceder algum tipo de indenização à concubina, o pagamento pelas atividades domésticas às mulheres, decorrente da relação concubinária, é mais uma personificação da existência e reprodução do contrato sexual, desencadeado pelo estímulo à monogamia, no direito brasileiro. O contrato de casamento, embora inexistente nos casos das concubinas, e o seu estímulo no direito brasileiro por meio da imposição da monogamia, produz normas sociais e jurídicas de submissão e inferiorização da mulher. Por mais que não tivessem o dever doméstico, ou como chama a doutrina o *poder doméstico*, ao entrarem em uma relação heterossexual monogâmica minimamente estáveis, assumem a posição fictícia de *esposas* e tornam-se servas, sexuais e domésticas, dos seus parceiros. Ser mulher "é fazer certos serviços para e sob o comando de um homem (marido)" (PATEMAN, 1993, p 192). O poder de subordinação, promovido pelo casamento, extrapola os seus limites. Ele, na verdade, está na essência da monogamia heterossexual. Esse é um dos pontos de originalidade desta pesquisa.

A análise crítica do ressarcimento de valores às concubinas pelos serviços domésticos prestados, será feita em momento oportuno, pois a análise jurisprudencial a ser feita a partir do próximo capítulo, revelará nuances importantes a respeito do trabalho doméstico e do esforço comum, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

2.5 A promulgação da Constituição Federal de 1988 e a reconfiguração das relações familiares

Durante séculos e, até antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o único modelo de família legítimo, reconhecido pelo Estado e pelo ordenamento jurídico brasileiro, era aquele formado a partir do casamento indissolúvel, ainda que boa parte da população não tivesse acesso a essa instituição, por questões íntimas, organizacionais e/ou financeiras[97]. Por anos, diversas pessoas e grupos familiares foram relegados à margem do direito e à invisibilização por não se enquadrarem dentro das normas impostas pelo Estado (Maria Celina MORAES; Ana Carolina TEIXEIRA, 2013).

[97] Sobre o tema, comentaram Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira: "Por longo tempo, o casamento indissolúvel foi a única forma de constituição de família tutelada pelo Estado brasileiro. Deste fato, especialmente a partir dos anos 60, cresceu um significativo descompasso entre a norma e a práxis social, no sentido de que a impossibilidade de divorciar-se e fundar novas famílias de maneira organizada acabou por gerar um grande número de relações de fato" (MORAES; TEIXEIRA, 2013, p. 4.589).

Do abandono dessas entidades familiares pelo ordenamento jurídico, desencadearam-se inúmeras restrições e preconceitos. Para serem aceitos pelo Estado e pela sociedade, os filhos deveriam advir de um casamento válido. A concepção de crianças fora das margens do casamento, mesmo que provenientes de casais solteiros e sem qualquer impedimento, conforme comentam Mônica Sousa e Bruna Waquim, "lhes contaminava com a pecha de ilegítimos, bastardos ou espúrios" (Mônica SOUSA; Bruna WAQUIM, 2015, p. 72).

Silvio Venosa, na já supracitada obra de Direito de Família, relembrando a teoria de Gilberto Freyre, comentou que "o Código Civil brasileiro de 1916 foi dirigido para a minoria da *Casa-Grande*, esquecendo da *Senzala.* Esse, de qualquer forma, era o pensamento do século XIX" (VENOSA, 2023, p. 760).

Embora tivesse de maneira reconhecida o papel de ser a norma mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1967 teve uma relevância secundária frente ao poder do Código Civil de 1916. A norma maior, responsabilizava-se por retratar os ideais, os valores e os princípios da sociedade. Era o Código Civil, por sua vez, quem regulamentava, em peso, a família e as relações sociais. Segundo Fábio Anderson de Freitas Pedro (2012), houve uma verdadeira inversão simbólica entre as normas, passando o Código Civil de 1916 a ter mais peso no ordenamento jurídico do que a própria Constituição Federal de 1967.

O modelo familiar legítimo para o Código Civil era marcado por uma sociedade conjugal hierarquizada. O Código Civil priorizava, antes de tudo, a família enquanto *instituição*. Os seus integrantes seriam meras engrenagens para a conservação e funcionamento da *instituição familiar legítima*. Como comentam Mônica Sousa e Bruna Waquim (2015), de maneira abstrata, os papéis da instituição familiar se apresentavam como espaços vazios, esperando a ocupação dos seus integrantes. O ordenamento jurídico, por meio da regulamentação civil de 1916, pré-definia todos os seus regramentos. O próprio conceito de família tradicional introduzido pelo Código, exigia o tratamento dos integrantes da família de maneira desigual em prol da conservação, por meio da indissolubilidade, e do funcionamento da *instituição familiar.*

Esse modelo de família tradicional e, ao mesmo tempo, desigual, começou a entrar em crise no século XX[98]. Mudanças na estrutura social, interferida pelo avanço do movimento

[98] Sobre essa transição, comentam Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira: "A partir da segunda metade do século XX, as instituições familiares ocidentais sofreram transformações de tal monta que os diversos ordenamentos jurídicos tiveram que lidar com as relações familiares de maneira totalmente nova (2013, p. 4.582).

feminista, da promulgação do Estatuto da Mulher Casada, da inclusão das mulheres no mercado de trabalho e o fim da indissolubilidade do casamento com a promulgação da Lei do Divórcio, impactaram na produção legislativa (RUZYK, 2003). Como ponderou João Baptista Villela (1980), entre os séculos XIX e XX ocorreu a substituição da grande família pela família nuclear. No entanto, o que mais se destaca nessa transição é, verdadeiramente, o aprofundamento afetivo no interior do grupo familiar, fato esse que lhe concedeu um novo rosto. "De unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade" (VILLELA, 1980, p. 659).

É, fundamentalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se inicia o processo de mudança paradigmática no conceito de família e em suas bases fundamentadoras. A família, enquanto uma *instituição* voltada ao controle dos prazeres, à procriação e ao patrimônio, evoluiu, com a promulgação da Carta Magna de 1988, para um modelo de família *instrumental*. Instrumento pelo qual os indivíduos devem buscar a realização pessoal e a felicidade (RUZYK, 2003). A família passa a viver para a evolução dos indivíduos e não mais os indivíduos para o funcionamento da família institucionalizada.

Na contramão dos preceitos misóginos e restritivos presentes no Código Civil de 1916, a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo pensamento acerca da família, para além daquelas formadas pelo casamento. No texto constitucional, o casamento não é mais requisito necessário para o reconhecimento de uma família de maneira legítima. O conceito de família, enquanto instrumento para alcance da realização pessoal e da felicidade, foi adotado pela Constituição Federal de 1988 (RUZYK, 2003). Busca-se, por meio deste instrumento, o desenvolvimento das pessoas que nele estão inseridas, protegendo-as de possíveis interferências que violem os seus interesses enquanto membros[99].O casamento nesse contexto, também perde sua destinação transpessoal em forma de realização íntima dos cônjuges, ampliando, consequentemente, os espaços deixados à livre determinação do casal (VILLELA, 1980).[100]

A Constituição Federal, ao elencar a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, instaurou a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres em seu art. 5º, inciso I. "A Constituição de 1988 representa o marco fundamental do novo modelo

[99] O ser humano, enquanto um ser digno livre e independente nos novos moldes constitucionais, passa a ser o foco das atenções do ordenamento jurídico. Na entidade familiar não poderia ser diferente. Valoriza-se o ser humano, em prol do patrimônio ou da própria família, enquanto instituição. Doutrinadores brasileiros, como Paulo Lôbo, nomeiam essa transição do patrimônio para o indivíduo como *repersonalização das relações civis.* A família, na Carta Magna de 1988, assume uma nova função, com novos objetivos e com a reconfiguração de suas normas, antes desiguais.

[100] Sobre o assunto, prossegue João Villela: "O caráter instrumental do casamento de outrora, vale dizer, seu condicionamento a interesses extrínsecos, nomeadamente da Igreja e do Estado, cede ao recorte pessoal que lhe dão os cônjuges, com vistas à realização mútua." (1980, p. 660).

familiar, tendo ela dado o passo definitivo em direção à democratização da família brasileira, seja no que diz respeito ao estabelecimento da igualdade, seja no que tange à garantia da liberdade" (Maria Celina MORAES, 2008, p. 7).

Diferentemente das Constituições Federais anteriores, a Constituição Federal de 1988 regulamentou a temática da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso em um capítulo próprio. O capítulo é inaugurado com o art. 226, que regulamenta que *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*. Do *caput* do dispositivo, é possível se inferir uma diferença perceptível em relação às Constituições anteriores: a marca do casamento indissolúvel, presente em todas as Constituições Brasileiras, desaparece da redação constitucional. É a família, e não mais o casamento, a base da sociedade brasileira, recebendo ela a proteção estatal (MORAES, 2008).

Os dois primeiros parágrafos do dispositivo, no entanto, não fogem à tradição. O parágrafo primeiro, regulamenta que o casamento *é civil e gratuita a celebração*. Já o segundo, *que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei*. Juntos, os dois parágrafos revelam a preocupação do Estado Democrático em regulamentar a temática do casamento e em incentivar a sua celebração, ao institui-lo de maneira gratuita. O parágrafo segundo, especialmente, revela também a preocupação em regulamentar o casamento religioso e atribuir, a ele, efeitos civis. A concessão de efeitos jurídicos ao casamento religioso foi uma preocupação inserida por quase todas as Constituições Brasileiras, não inovando no assunto, portanto, a Constituição Federal de 1988.

Um dos grandes marcos da evolução do ordenamento jurídico brasileiro, faz-se presente no §3º do art. 226. O que antes era considerado *concubinato puro* – relações marginalizadas por não estarem formalizadas pelo casamento -, passa a ser chamado de união estável. Para efeito da proteção do Estado, a Constituição reconheceu a união estável entre *o homem e a mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. As relações de concubinato puro, marginalizadas pelo Código Civil de 1916, passam a ser reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, merecendo, portanto, a proteção do Estado.

Embora o Supremo Tribunal Federal, anos depois, tenha reconhecido a união estável e o casamento de casais homoafetivos, a redação do dispositivo ainda permanece a mesma. Originariamente, a Constituição Federal regulamentou, de maneira expressa, a união estável monogâmica entre *o homem e a mulher*.

Mesmo que de maneira implícita, é possível extrairmos dessa redação o interesse da Constituição em elevar o *status* da união estável ao casamento. Segundo Maria Cecília Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Texeira (2013), "duas razões relativamente simples

explicam a preocupação do constituinte: a primeira é a maior segurança que o casamento ainda traz, bastando uma certidão para comprovar-se a relação. A outra se refere ao momento histórico em que foi promulgada a Constituição" (2013, p. 4.590), pois, no momento da promulgação, poucos direitos eram concedidos às uniões estáveis, o que causava certa insegurança jurídica.

Segundo Maria Cecília Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Texeira (2013), a previsão de facilitação de conversão da união estável em casamento foi utilizada por muitos juristas e doutrinadores para sustentar uma hierarquia entre as entidades familiares, a partir da superioridade do casamento em relação à união estável. Esse entendimento será confirmado nos capítulos seguintes, pois o Supremo Tribunal Federal, por muitos anos, considerou o casamento juridicamente e moralmente mais relevante que a união estável. A união estável foi, até mesmo, considerada um *embrião do casamento*, isto é, uma fase preparatória para se findar no matrimônio, razão pela qual este mereceria maior proteção.

É entendimento consolidado, tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial[101], que a Constituição, ao reconhecer o casamento, a união estável e as famílias monoparentais como entidades familiares, não tratou da temática de maneira taxativa. A partir da Constituição Federal de 1988, vigora o que a doutrina chama de pluralidade das entidades familiares, em detrimento de um modelo único de família, fundado no casamento (PEREIRA, 2016a)[102]. Valoriza-se a família não em sua formação, mas em seu conteúdo, em sua essência. A relação recebe proteção não em razão de sua formação, mas em virtude da função que desempenha, "isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas." (MORAES; TEXEIRA, 2013, p. 4.592). Existem, assim, muitas outras espécies de entidades familiares que não estão, necessariamente, previstas na Constituição Federal de 1988 (PEREIRA, 2016b).

Conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 898.060 – Santa Catarina, o conceito de família é instrumental, envolvendo o princípio da afetividade e todas as novas estruturas parentais e conjugais, incluindo a família homoafetiva, que também faz parte do âmbito de proteção constitucional (PEREIRA, 2016a). Mônica Sousa e Bruna Waquim (2015) comentaram que, ao retirar o casamento como requisito qualificador da família,

---

[101] O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 898.060-SC, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, consolidou o entendimento de que as famílias descritas no art. 226 da Constituição são citadas apenas de maneira exemplificativa.

[102] Rodrigo da Cunha Pereira, na obra *Concubinato e União Estável*, compartilha do mesmo entendimento: "Com a evolução dos costumes, cujo marco normativo encontra seu maior registro na Constituição da República de 1988, a família deixou sua forma singular e passou a ser plural, isto é, existem várias formas e maneiras de se constituir família. O art. 226 da CF/88 enumera três: o casamento, união estável e famílias monoparentais. Mas há várias outras" (PEREIRA, 2016a, p. 311)

a Constituição inaugurou o princípio da pluralidade das formações familiares, “segundo o qual qualquer agrupamento humano baseado no afeto, no respeito e na consideração mútuos poderia ser reconhecido como família, mesmo que o casal não fosse casado entre si” (SOUSA; WAQUIM, 2015, p. 77).

Embora o interesse da conversão da união estável em casamento esteja presente na Constituição, este último não é necessariamente mais valorizado pela Carta magna de 1988. Todas as entidades familiares possuem o mesmo peso de importância.

Em que pese a amplitude e o benefício que essa perspectiva proporcionaria, veremos, no decorrer do próximo capítulo, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não se compatibiliza exatamente com esse conceito. Ao se depararem com diversos casos de famílias simultâneas, formadas, na maioria das vezes, por longos anos e com a devida estabilidade, taxam as mulheres de concubinas e relegam-nas, assim como o Código Civil de 1916 fazia, às margens do direito, ao campo de invisibilização e de vulnerabilidade social. É principalmente por meio desse abandono que o controle do sexo e dos corpos, destinados ao casamento, é feito pelo ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo. Em verdade, o direito pune essas mulheres e destina-as à invisibilização por transgredirem as regras jurídicas da fidelidade inerentes ao casamento. São as marcas castradoras e misóginas da monogamia, introduzidas no Brasil Colônia com o objetivo de regular os corpos, que ainda reverberam, como veremos, no ordenamento jurídico brasileiro.

A igualdade entre o homem e a mulher, introduzida pelo art. 5º da Constituição Federal, também reproduziu seus efeitos, de maneira expressa, na relação conjugal. O §5º do art. 226, regulamenta que *os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*. A previsão de igualdade conjugal mostrou-se como um outro marco extraordinário da constitucionalização dos princípios do direito de família.

Da mesma maneira, a Constituição inovou ao introduzir o divórcio em seu corpo normativo. A dissolução do casamento diretamente pelo divórcio, sem a necessidade de anterior separação judicial, foi uma introdução feita à Constituição Federal por meio da Emenda nº 66, de 2010. Antes dela, o casamento poderia ser dissolvido pelo divórcio, desde que houvesse separação judicial prévia por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou a separação de fato por mais de dois anos. A introdução do divórcio, sem a necessidade de separação judicial, revela o sentido eudemonista da família adotado pela Constituição de 1988. O divórcio mostra-se como um mecanismo necessário para a concretização da própria dignidade da pessoa humana (RUZYK, 2003). O casamento, com a introdução do divórcio, passou a representar a realização

de projetos individuais[103]. O §8º do art. 226, ao regulamentar que o *Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*, confirma esse entendimento.

Por fim, o §7º regulamentou o planejamento familiar, sendo este de livre decisão do casal. A Constituição, ao deixar o planejamento familiar de maneira livre, não estaria, necessariamente, imputando a procriação dentre as finalidades do casamento, representando verdadeira quebra de paradigmas em relação ao regramento civil anterior. Estaria o casal, então, livre para decidir o seu futuro familiar. No entanto, como será discutido adiante, não foi esse o direcionamento originariamente adotado pela Lei Federal nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que, até o ano de 2022, regulamentava que a esterilização dependia do consentimento expresso de ambos os cônjuges[104].

Em 11 de janeiro de 2002, o novo Código Civil entrou em vigor. Em que pese a sua promulgação em 2002, o novo Código Civil começou a ser elaborado antes da promulgação da Carta Magna de 1988. Conforme a obra *Memória Legislativa do Código Civil,* publicada pelo Senado Federal (2014), a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil foi instituída em 23 de maio de 1969, sob coordenação de Miguel Reale.

Veremos que, a despeito do novo regramento constitucional, o Código Civil de 2002 não inovou totalmente a ponto de criar um direito. Mesmo após inúmeras modificações e emendas, foi criado a partir do Código Civil de 1916. Conforme Eduardo Tomasevicius Filho (2016), "não houve a modificação estrutural das matérias, tal como aconteceu com o novo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao Código anterior, de 1973." (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, p. 96). Grande parte dos artigos do Código Civil de 2002 estão previstos, de maneira literal, no Código Civil de 1916. Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka (2001), ao concordarem com esse entendimento, também ponderaram que o projeto de lei originário do Código Civil de 2002, de 1975, apenas foi realinhado com a nova ordem constitucional. O Senado Federal em nada teria inovado para acompanhar o salto dado pela Carta Magna de 1988.

Os mesmos assuntos abordados em relação ao Código Civil de 1916, serão reanalisados sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002. Essa

---

[103] Sobre o assunto, comenta Maria Cecília Bodin de Moraes: "A disseminação do divórcio, na realidade, provocou consequências determinantes para o sistema familiar como um todo, passando o casamento a representar a realização de projetos individuais e não, como antes, um assunto pertencente ao domínio dos parentescos de origem a perda do caráter único da relação mudou sua qualidade, sua natureza e seu significado, tornando o casamento contemporâneo muito menos abrangente em suas implicações sociológicas" (2008, p. 9).

[104] Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:
(...)
§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.— (Revogado pela Lei nº 14.443, de 2022) (BRASIL, 2023).

metodologia, envolvendo assuntos correspondentes, nos concederá suporte para a avaliação de uma suposta evolução dos direitos na legislação civil, diante da promulgação da Constituição Federal de 1988.

A análise desses temas será sempre acompanhada pela exposição da visão de doutrinadores brasileiros sobre o assunto. Ressalta-se que os doutrinadores que serão abordados nos tópicos seguintes são um dos mais conhecidos e lidos no âmbito nacional, razão pela qual foram escolhidos. A maioria das obras citadas é, inclusive, exigida em concursos para a magistratura[105].

2.6 O conceito e as finalidades do casamento no Código Civil de 2002 e a conservação de seus preceitos fundadores: a utilização do casamento como mecanismo legitimador das relações sexuais

O Código Civil de 2002, assim como o Código Civil de 1916, ao dispor sobre o Direito de Família, tratou de regulamentar, desde logo, o casamento. O casamento aparece então como o primeiro instituto jurídico regulamentado pelo Código Civil, na seara do Direito de Família. São mais de 100 (cem) artigos destinados a regulamentar o casamento. O número de artigos e a sua abordagem logo no Título I do Livro IV do Código Civil, que inicia a temática do Direito de Família, nos concedem os primeiros indícios sobre o grau de importância do casamento para o nosso ordenamento civil brasileiro. Em que pese a ausência de maiores regramentos na Constituição Federal de 1988, apenas 5 (cinco) artigos se destinam a regulamentar a união estável.

Maria Helena Diniz, na obra *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família* (2023) nos confirma esses primeiros indícios acerca da importância do casamento: "É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade" (Maria Helena DINIZ, 2023, p. 37). Em sua visão, o casamento é a *peça-chave* de todo o sistema social, vez que se constitui como pilar da moralidade, do esquema social e cultural do país.

Silvio de Salvo Venosa (2023) também compreende o casamento como o centro do Direito de Família. É a partir do casamento, em sua visão, que irradiam as principais normas

[105] Em 2023, a autora Maria Helena Diniz publicou a sua 37º (trigésima sétima) edição da sua obra *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. Silvio de Salvo Venosa publicou, também no mesmo ano, a sua 23º (vigésima terceira) edição da obra *Direito Civil: família e sucessões*. No ano de 2024, Carlos Roberto Gonçalves publicou a sua 21º (vigésima primeira) edição da obra *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São exemplos, dentre outros autores citados, que comprovam o peso desses autores na história e o sucesso de suas obras.

fundamentais do Direito de Família. Ao lado do testamento, é o instituto jurídico mais sacramentado do Direito Civil.[106]

Em uma primeira análise, infere-se que a descaracterização do casamento como único instituto legitimador de famílias pela Constituição Federal em nada afetou a sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Resta saber se o seu conceito, vinculado à legalização das relações sexuais e à procriação, sofreu alguma alteração com a promulgação da Carta Magna de 1988.

Com fundamento no art. 226, da Constituição, o art. 1.511, do Código Civil de 2002, inaugurou a temática do casamento, dispondo que ele *estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*. O poder marital e a posição da mulher como colaboradora, presentes no regramento de 1916, desaparecem da redação do novo Código Civil. Pelo menos em âmbito formal, o marido e a esposa possuem os mesmos direitos e deveres (MORAES; TEIXEIRA, 2013).

Seguindo a tradição, o Código Civil de 2002 não conceituou o instituto do casamento. Novamente, fica sob o encargo da doutrina a sua conceituação, o delineamento de suas características e de suas finalidades. Para compreensão desse *novo* conceito, sob esse novo viés constitucional, necessário se faz, novamente, o aporte doutrinário da temática.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves[107], ante a existência de tantos conceitos de casamento, não formulou a sua própria definição. No entanto, aderiu a definição formulada por José Lamartine Corrêa de Oliveira, para quem o casamento é "o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Está é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida" (OLIVEIRA apud GONÇALVES, 2023, p. 48).

Embora tenha se filiado a esse conceito precisamente jurídico, que retrata muito mais a natureza jurídica do casamento do que a sua própria essência, Carlos Roberto Gonçalves se valeu também de vários outros conceitos, de diferentes autores. De todos, dois se destacam. O primeiro foi o de Lafayette Rodrigues Pereira, de 1945, para quem "o casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de

[106] Mesmo diante a promulgação da Carta Magna de 1988, a importância do casamento também não foi negada por Paulo Lôbo (2017): "No direito brasileiro atual, após a Constituição de 1988, o casamento – ou o matrimônio – é uma das entidades familiares, certamente a mais importante, tendo em vista a longa tradição de sua exclusividade. Em que pese ter perdido a exclusividade da tutela jurídica, permanece o modelo mais adotado nas relações familiares, como demonstram as pesquisas demográficas realizadas após o advento da Constituição, que admitiu a liberdade de escolha" (LÔBO, 2017, p. 90).

[107] No ano de 2023, o autor publicou a 20º (vigésima) edição de sua obra *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.*

finalidade no amor e da mais estreita comunhão de vida" (LAFAYETTE apud GONÇALVES, 2023, p. 46). O segundo conceito utilizado foi o de Clóvis Beviláqua, já exposto nesta pesquisa, para quem[108]:

> O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente, *legalizando por ele suas relações sexuais*, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer (BEVILÁQUA apud GONÇALVES, 2023, p. 46).

O doutrinador Álvaro Villaça Azevedo, em sua obra *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, do ano de 2019, também fundamenta a definição de casamento sob o conceito de Clóvis Beviláqua, fato esse que demonstra a sua importância e o seu impacto na doutrina brasileira, vez que ressurge nas doutrinas de direito de família após mais de 70 (setenta) anos.

Elementos asseguradores da dignidade da pessoa humana e da liberdade, presentes na Constituição Federal de 1988, aparecem na sua definição de casamento por meio da introdução do divórcio, ainda que de maneira muito tímida[109]. No entanto, ao mesmo tempo, preceitos discriminatórios, que se fizeram presentes na tradição do Código Civil de 1916, ainda estão impregnados em sua doutrina. Para Álvaro Villaça Azevedo, o casamento "aperfeiçoa-se com o consenso dos nubentes, em razão do que se instala *a família legítima*, restando os esposos sob a égide de normas de ordem pública, que lhes regulam os direitos e deveres" (AZEVEDO, 2019, p. 100). Em sua própria perspectiva, o casamento se define como um contrato solene, de vínculo dissolúvel, pelo qual "duas pessoas, criando, com ele, a sociedade conjugal, submetem-se a um complexo de direitos e de deveres entre ambos e entre eles e seus futuros filhos, de ordem pessoal e patrimonial" (AZEVEDO, 2019, p. 101). Embora não esteja previsto de maneira obrigatória, a filiação continua sendo um dos pressupostos do casamento no conceito de Villaça.

Na obra *Direito Civil: Família e Sucessões,* de 2023, Silvio de Salvo Venosa também não formulou um conceito próprio de casamento. No entanto, filiou-se à definição apresentada por outros autores, a exemplo de Silvio Rodrigues (doutrina de 1999), para quem o "Casamento

---

[108] Além de Clóvis Beviláqua e Lafayette Rodrigues Pereira, Carlos Roberto Gonçalves também se pautou na doutrina de Washington de Barros Monteiro e Pontes de Miranda, para quem, respectivamente: "Merecem referência as definições de Washington de Barros Monteiro e Pontes de Miranda. Para o primeiro, o casamento 'é a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos'. Para o segundo, o casamento 'é contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer." (GONÇALVES, 2023, p. 48).

[109] Definiu Álvaro Villaça Azevedo: "Esse peculiaríssimo contrato matrimonial, em nosso Direito que criava vínculo indissolúvel, por força do revogado §1º do art. 175 de nossa Constituição anterior, de 1967 (com Emenda de 1969), e que, atualmente, se dissolve pelo divórcio (§6º do art. 226 da Constituição de 1988), aperfeiçoa-se com o consenso dos nubentes, em razão do que se instala a família legítima, restando os esposos sob a égide de normas de ordem pública, que lhes regulam os direitos e deveres" (AZEVEDO, 2019, p. 100).

é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de *regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum* e se prestarem mútua assistência" (RODRIGUES apud VENOSA, 2023, p. 83).

Mesmo diante do pluralismo das relações familiares vigente no art. 226, da Constituição Federal, para Venosa o casamento ainda continua como *o centro* do Direito de Família e, por isso, ele ganha especial regulamentação no Código Civil de 2002. Além da regularização das relações sexuais, a procriação também aparece como elemento pertencente ao conceito de casamento, pois Venosa também se filiou à definição de Washington de Barros Monteiro, de 1996, para quem o casamento é "a união permanente entre o homem e a mulher de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos" (MONTEIRO apud VENOSA, 2023, p. 83).

Maria Helena Diniz também se comprometeu em apresentar um conceito de casamento[110] sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002. Surpreendentemente a legalização da união sexual aparece expressamente inserida na definição da autora, ao lado do desenvolvimento da personalidade, do companheirismo e do amor, elementos esses que foram implementados com a promulgação da Constituição, sob a perspectiva da família como instrumento para desenvolvimento pessoal:

> Desse conceito depreende-se que o matrimônio não é apenas a formalização ou legalização da união sexual, como pretendem Jemolo e Kant, mas a conjunção de matéria e espírito de dois seres de sexo diferente para atingirem a plenitude do desenvolvimento de sua personalidade, através do companheirismo e do amor (DINIZ, 2023, p. 38).

Embora não formule um conceito próprio, Maria Berenice Dias também reconhece que o casamento sempre foi reconhecido como o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada. Sob a sua perspectiva, os indivíduos têm a liberdade para se casar. No entanto, a partir do momento em que contratualizam-no, a vontade deles se anula e a lei impera na regulamentação de suas relações (DIAS, 2015).

Para Maria Berenice Dias, apesar de não definir o conceito de casamento, propriamente, Código Civil define a sua finalidade, qual seja o estabelecimento de *comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges* (art. 1.511) e prevê a concretização dos seus efeitos ao estipular, no art. 1.565, que *o homem e a mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família* (DIAS, 2015).

[110] O conceito de Clóvis Beviláqua, que imputa ao casamento a função de regularizar e formalizar as relações sexuais, também aparece dentre os fundamentos utilizados por Maria Helena Diniz.

A visão do casamento enquanto instituto regulador e legitimador das relações sexuais resta ainda mais clara quando analisamos, pela doutrina, as suas finalidades.

Maria Helena Diniz na mencionada obra de Direito de Família (2023), elencou sete finalidades do matrimônio, sendo elas: a) a instituição da família matrimonial; b) a procriação dos filhos; c) a legalização das relações sexuais; d) a prestação de auxílio mútuo; e) o estabelecimento de deveres patrimoniais; f) a educação da prole; g) a atribuição do nome ao cônjuge. Dessas, duas nos são especialmente importantes.

A procriação de filhos é encarada pela autora como uma consequência *lógico-natural* e não essencial do matrimônio, pois a ausência de filhos, tal como menciona Orlando Gomes, não invalidaria o casamento. Outra prova de que o casamento não requer a procriação consta, na visão da autora, no art. 226, §7º da Constituição Federal, que permitiu aos cônjuges o livre planejamento familiar. No entanto, se contradiz ao elencar a procriação como um dever do casamento ao definir a finalidade de educação da prole, nestes termos: "A educação da prole, pois no matrimônio não existe apenas o *dever* de gerar filhos, mas também de criá-los e educá-los para a vida" (DINIZ, 2023, p. 40).[111]

Ao lado da finalidade de procriação, consta também a legalização das relações sexuais entre os cônjuges. Sobre essa finalidade, argumentou Maria Helena Diniz: "A *legalização das relações sexuais* entre os cônjuges, pois dentro do casamento a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência*"* (DINIZ, 2023, p. 39).

Carlos Roberto Gonçalves (2023) se posiciona de maneira mais amena. Para ele, a relação sexual é *a mola propulsora do casamento*. A principal finalidade seria o estabelecimento da comunhão plena de vida, nos termos do que prevê o art. 1.511 do Código Civil de 2002. Todavia, a procriação e a satisfação sexual, ainda que de maneira secundária, são consideradas pelo autor como duas finalidades originárias do casamento.

Álvaro Villaça utilizou-se novamente da doutrina de Silvio Rodrigues (de 2004), quem também atribui a finalidade de regularização das relações sexuais ao casamento. Embasado no entendimento de Orlando Gomes, quem entende que a finalidade do casamento é a dignificação das relações sexuais, Álvaro Villaça Azevedo – sem qualquer análise crítica - ponderou que, a principal finalidade do matrimônio, é a regularização dos instintos sexuais: "Ligam-se, as

[111] A despeito desses entendimentos recentes acerca da procriação, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, João Villela já externava seu entendimento, mostrando-se estar muito a frente do entendimento de doutrinas publicadas no ano de 2023: "Como quer que seja, na sociedade contemporânea o casamento não é mais um instituto destinado fundamentalmente à procriação. Dizê-lo não significa afirmar que a ocorrência de prole no casamento tende a ser estatisticamente irrelevante ou mesmo descrente. A mudança é antes qualitativa do que quantitativa. Vale dizer: a prole, quando está presente, configura-se como efeito consequencial da realização mútua dos cônjuges e não como fim a cujo serviço estes se tenham disposto (VILELLA, 1980, p. 668).

pessoas, pelo casamento, principalmente, para regularizarem, com isso, seu instinto sexual, não podendo ver frustrado, por negativa de cumprimento, esse dever de convivência" (AZEVEDO, 2019, p. 108). A regularização do instinto sexual para o renomado autor, aparece, no entanto, hierarquicamente abaixo de uma finalidade essencial: "Juridicamente o fim essencial do casamento é a constituição de uma *família legítima*, que jamais pode faltar. Melhor, atualmente, falar-se simplesmente família" (AZEVEDO, 2019, p. 108).

Igualmente, Silvio de Salvo Venosa se baseou, de maneira expressa, no direito canônico para definir as finalidades do casamento. Em suas palavras, as finalidades do casamento situam-se mais no plano sociológico do que no jurídico, pois "Conforme estabelecido tradicionalmente pelo Direito Canônico, o casamento tem por finalidade a procriação e educação da prole, bem como a mútua assistência e satisfação sexual, tudo se reunindo na comunhão de vida e de interesses." (VENOSA, 2023, p. 87).

A partir da investigação dos conceitos e das finalidades do casamento, percebe-se que, embora o *instituto* tenha ganhado novos contornos jurídicos - a partir, por exemplo, da igualização do papel do homem e da mulher no matrimônio - persistem, na essência do conceito, pressupostos cristãos regulatórios que também se fizeram presentes no conceito de casamento nos moldes do Código Civil de 1916.

A grande maioria dos autores investigados nesta pesquisa, para além daqueles elencados de maneira expressa, trouxeram como fundamento do conceito de casamento a definição de Clóvis Beviláqua, de 1946. O fundador do Código Civil de 1916 elencou, como já demonstrado, a regularização das relações sexuais e a procriação como fundamentos do próprio conceito de casamento.

Ainda que a regularização das relações sexuais e a procriação não tenham aparecido de maneira expressa dentre todos os novos conceitos de casamento, juntas, ainda fazem parte das bases conceituais desse instituto. Em alguns autores, a exemplo de Maria Helena Diniz (2023), esses dois pressupostos se fizeram presentes de maneira expressa. O autor Álvaro Villaça Azevedo (2019) também deixa escapar, em diversas passagens, a real essência do casamento.

Embora não estejam previstos na Constituição Federal de 1988, que, relembra-se instituiu um conceito de família plural, percebe-se que os históricos pressupostos de controle se fazem ainda claramente presentes na doutrina civilista. É também com o suporte na doutrina que as legislações e a jurisprudência são produzidas. Certamente, ainda que de maneira implícita, esses pressupostos serão utilizados pelos Tribunais Superiores brasileiros para a análise da temática da monogamia, do casamento, da união estável e do concubinato. Ainda

hoje, a despeito da visão plural criada pela promulgação da nossa Constituição, o casamento se mostra como um mecanismo controlador dos corpos.

Ademais, observa-se que a procriação, inegavelmente, ainda aparece interligada ao casamento. A Lei Federal nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamentou o art. 226, §7º da Constituição, proibia, até o ano de 2022, a esterilização de um dos cônjuges sem o consentimento expresso do outro. Na vigência da sociedade conjugal, a esterilização dependia do consentimento expresso de ambos os cônjuges. Apenas em 2022, esse dispositivo foi revogado. No entanto, tão somente procedimentos reversíveis são autorizados pelo Estado.

A regulamentação da esterilização na sociedade apenas com o consentimento expresso do cônjuge revela, de maneira indireta, a valorização da procriação na sociedade conjugal, razão pela qual o Estado impôs obstáculos para que o procedimento fosse realizado. A perspectiva histórica de que os cônjuges são donos do corpo do outro, revelou-se presente, até bem pouco tempo atrás, em nossa legislação brasileira.

Embora a procriação não esteja presente dentre os deveres dos cônjuges no Código Civil de 2002, ela aparece, como veremos, como requisito para a concretização do casamento, ainda que de maneira abstrata. Para a sua concretização, o Estado requer a aptidão física dos nubentes, vez que, como comenta Maria Helena Diniz, "só permite o casamento dos púberes e admite sua anulação se um dos cônjuges for impotente para a prática do ato sexual" (DINIZ, 2023, p. 39)[112].

Antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, João Baptista Villela (1980) entendia que, ante a mudança na estrutura das famílias a partir do século XX, o novo modelo de casamento, com a superação da ética matrimonial procriatória, refletiria o fundamental processo de desdemonização que passou a sexualidade na cultura ocidental[113]. No entanto, o atual conceito do casamento e as suas finalidades, interligados à procriação e à regularização das relações sexuais, nos mostram o caminho inverso.

---

[112] Sobre a idade núbil para casar, comenta Paulo Lôbo: "A capacidade civil plena ou a maioridade é alcançada quando a pessoa mentalmente sã completa 18 anos. A partir daí está apta a realizar todos os atos da vida civil, sem autorização, assistência ou consentimento dos pais ou tutores. Para contrair matrimônio, contudo, a capacidade é reduzida para os 16 anos, considerada pelo direito brasileiro como a idade núbil.
A idade núbil varia de país a país, de acordo com suas culturas tradicionais e costumes. É uma opção do legislador, tendo em conta que biologicamente a aptidão para procriar varia de indivíduo a indivíduo, de homem para mulher, normalmente durante a adolescência. Há registros médicos de advento de menstruação em meninas com menos de 12 anos, na fase da vida que o direito brasileiro considera criança (Art. 2º do ECA). O direito procura o equilíbrio delicado entre os fatos da vida, despontados em gravidezes precoces, e a idade que elege como limite mínimo ideal para que as pessoas assumam as graves responsabilidades decorrentes da constituição de família" (LÔBO, 2017, p. 95).

[113] "O novo modelo de casamento e a superação da ética matrimonial procriativa refletem o fundamental processo de desdemonização por que passou a sexualidade na cultura ocidental" (VILLELA, 1980, p. 668).

Mesmo diante da instituição de direitos fundamentais, que priorizam, em sua essência, a liberdade sexual, o sexo ainda se insere em nosso sistema jurídico de maneira endemonizada, sendo, por isso, digno de legitimação por meio do casamento. Os conceitos introduzidos em nossa doutrina familiarista são reflexos da histórica endemonização do sexo incorporada e reproduzida pelo Brasil Colônia.

A monogamia, como já mencionado, não foi inserida pela Constituição Federal de 1988 como *norte organizador da sociedad*e ou como *princípio do direito*. O regramento também não foi incluído na legislação civil de maneira expressa e autônoma. No entanto, é majoritário o entendimento na doutrina familiarista de que as relações familiares e, consequentemente, o seu reconhecimento pelo direito, exigem a monogamia como elemento organizador (DINIZ, 2023)[114]. Esse elemento, como veremos, aparecem em nosso Código Civil de 2002 de maneira implícita, ao regulamentar, por exemplo, os deveres do cônjuge – estando dentre eles a fidelidade -, e os impedimentos matrimoniais. A bigamia ainda está caracterizada como crime no Código Penal. Dessa maneira, pessoas legalmente casadas não podem, pelo art. 1.521 do Código Civil, se casarem novamente.

É, precisamente, por meio do casamento que a monogamia, enquanto *princípio e norte organizador da sociedade*, se incide no meio social. Com o reconhecimento das uniões estáveis pela Constituição Federal de 1988, o âmbito de aplicação da monogamia se ampliou. Por igualar a união estável ao casamento no âmbito dos direitos, o Estado exige que os companheiros – expressão consagrada na doutrina e na jurisprudência - sejam também monogâmicos, sob pena de não lhes reconhecer direitos e destiná-los ao abandono, tal qual como foi/é feito com as mulheres taxadas de concubinas. Como veremos, a fidelidade não é uma escolha. É o dever de todos os cidadãos que queiram ser reconhecidos pelo Estado. O Estado, utilizando a família como instrumento, cerceia a liberdade de seus integrantes. Em vez de ser instrumento para a

[114] Citando Orlando Gomes, Maria Helena Diniz elenca, dentre os princípios do direito matrimonial, a monogamia. Sobre o assunto, comenta:
"Para Orlando Gomes, três são os princípios que regem o casamento:
(...)
A monogamia, pois embora alguns povos admitam a poliandria e a poligamia, a grande maioria dos países adota o regime da singularidade, por entender que a entrega mútua só é possível no matrimônio monogâmico, que não permite a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela mesma pessoa, punindo severamente a bigamia. P. ex., o nosso Código Civil, art. 1.521, VI, estatui: 'Não podem casar as pessoas casadas'; com a violação dessa disposição legal, autoriza a norma que se decrete a nulidade do casamento. Realmente, estabelece o Código Civil no art. 1.548, II, que 'é nulo o casamento contraído por infringência de impedimento', e que se aplique uma pena ao transgressor, como dispõe o Código Penal no seu art. 235, *caput*: 'contrair alguém, sendo casado, novo casamento. Pena: reclusão de 2 a 6 anos'. Com isso, nossa ordem jurídica consagra a monogamia, cuja violação autoriza a aplicação de duas sanções: a nulidade do ato praticado e a pena ao violador" (DINIZ, 2023, p. 45-46).

realização pessoal, a família ainda se mostra como um *instituto* constantemente protegido pelo Estado, às custas da domesticação dos indivíduos. (VILLELA, 1980).

A presença da monogamia, da procriação e, especialmente, da legitimação das relações sexuais, poderão ser mais bem visualizadas a partir do próximo tópico. O *débito conjugal*, implementado pela Igreja para regular a relação sexual dos cônjuges, ainda se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo diante do elevado número de estupros ocorridos na seara conjugal.

2.7 Os deveres conjugais: a permanência da fidelidade e do débito conjugal

Os deveres conjugais estão presentes entre os arts. 1.565 a 1.570 do Código Civil de 2002. Nesse aspecto, foram grandes as mudanças implementadas pela Constituição Federal de 1988. Por ter igualado o homem e a mulher e, consequentemente, os seus direitos e deveres na sociedade conjugal, não há mais a diferenciação de direitos e deveres para os cônjuges. O Código Civil de 1916 estipulava, em cada artigo de maneira separada, os deveres do marido e os deveres da esposa. No Código Civil de 2002, há apenas um artigo elencando exatamente quais são os deveres de ambos os cônjuges.

Ao celebrarem o casamento, o homem e a mulher assumem, juntos, a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. O poder e a hierarquia do homem desaparecem, pelo menos formalmente, assim como o papel de colaboradora da mulher. A direção da sociedade conjugal passa a ser exercida em colaboração pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos (art. 1.567). O *poder doméstico* da mulher desaparece da redação do Código. Da mesma forma, a obrigação de sustento imposta ao marido foi revogada. Conforme o art. 1.568, os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e para a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

Segundo o art. 1.566, são deveres de ambos os cônjuges: a) fidelidade recíproca; b) vida em comum, no domicílio conjugal; c) mútua assistência; c) sustento, guarda e educação dos filhos; d) respeito e consideração mútuos.

Comparando o art. 231 do Código Civil de 1916 com o art. 1.566 do Código Civil de 2002, percebe-se que poucas mudanças foram introduzidas. O *caput* do dispositivo foi inteiramente copiado para o novo Código. A fidelidade recíproca, a vida em comum, no domicílio conjugal, a mútua assistência e o sustento, guarda e educação dos filhos estiveram igualmente presentes da redação do Código de 1916. A redação dos incisos é, inclusive,

exatamente a mesma. Observando o regramento constitucional constante no art. 226, §5º, da Constituição, foi inserido apenas o dever de respeito e consideração mútuos.

A redação do dispositivo é, quase em sua totalidade, a mesma. E o significado desses deveres? Permanece o mesmo? O Código Civil de 2002 também não trouxe maiores esclarecimentos. Novamente, faz-se necessário o aporte doutrinário da temática. Dos cinco deveres previstos, especialmente dois interessam para essa pesquisa.

O primeiro deles é o dever de fidelidade recíproca. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2023), o dever de fidelidade recíproca é uma decorrência do caráter monogâmico do casamento[115]. Caracteriza-se como um dever de cunho negativo, vez que exige uma abstenção de conduta de ambos os cônjuges. A infração a esse dever pode desencadear duas consequências: a injúria grave e o adultério. Para a maior parte dos doutrinadores, o adultério somente se concretiza quando o cônjuge mantém relações sexuais com pessoa estranha ao casamento. Na visão de Carlos Roberto Gonçalves (2023), os atos meramente preparatórios da relação sexual, não constituem adultério, mas podem se caracterizar como injúria grave.

João Baptista Villela, em sua obra *O Modelo Constitucional da Filiação: verdades e superstições,* também elencou a fidelidade e a posse sexual exclusiva como uns dos elementos essenciais do casamento. Em suas palavras, o dever de "fidelidade recíproca dos cônjuges é um atributo básico do casamento. Mas fundamental mesmo na economia do parentesco e da filiação é o dever de fidelidade da mulher" (VILLELA, 2023, p. 420). Foi com base no dever de fidelidade da mulher, e não na fidelidade efetiva, isto é, para ambos os cônjuges, que se formou, segundo sua visão, a regra *pater is est quem nuptiae demonstrat.*

Maria Berenice Dias, filiando-se, novamente, ao conceito de Clóvis Beviláqua, ponderou que a fidelidade "representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão somente um dever moral, sendo exigido pelo direito em nome dos superiores interesses da sociedade" (DIAS, 2015, p. 169).

Ressalta-se que o dever de fidelidade passa a ser imputado, de igual maneira, para ambos os cônjuges. Embora seja assim exigido, ainda permanece na doutrina contemporânea de direito de família o entendimento de que o adultério da mulher é mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações sexuais extramatrimoniais e, com isso, introduzir prole

[115] No mesmo sentido, se posiciona Maria Helena Diniz: "O dever moral e jurídico de *fidelidade mútua* decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial" (DINIZ, 2023, p. 133).

alheia ao matrimônio, *a ser sustentada pelo marido*[116]. Vejamos o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves sobre o assunto:

> Embora sob o prisma psicológico e social o adultério da mulher seja mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações sexuais extramatrimoniais e, com isso, introduzir prole alheia dentro da vida familiar, a ser sustentada pelo marido enganado, não se justifica, do ponto de vista jurídico, qualquer distinção entre a infidelidade masculina e a feminina, por constituir fator de perturbação de estabilidade do lar e da família, além da séria injúria ao consorte (GONÇALVES, 2023, p. 233).

Maria Helena Diniz também não esteve imune a esse pensamento. Em sua obra de Direito de Família do ano de 2023, também ponderou que, sob o prisma psicológico e social, o adultério da mulher é mais grave que o do marido. A autora foi um pouco além de Carlos Roberto Gonçalves (2023). Ao sustentar a gravidade do adultério da mulher, ponderou que em relação ao adultério masculino, os filhos que dele poderiam advir não iriam prejudicar o matrimônio, na medida em que ficariam sob os cuidados da *amante* e não da esposa. A gravidade do adultério masculino também foi minorada pela autora. Ao trair a sua esposa, o marido poderia estar agindo sob desejo momentâneo, sem afetar o amor que sente pela *sua mulher:*

> Convém salientar que, sob o prisma psicológico e social, o adultério da mulher é mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações sexuais extramatrimonais, introduzindo prole alheia dentro da família ante a presunção da concepção de filho na constância do casamento prevista no art. 1.597 do Código Civil, transmitindo ao marido enganado o encargo de alimentar o fruto dos seus amores.
> (...)
> Já em relação ao adultério do marido, os filhos que este tiver com sua amante ficarão sob os cuidados desta e não da esposa, e, além disso, pode ocorrer que a infidelidade do homem seja um desejo momentâneo ou mero capricho, sem afetar o amor que sente pela sua mulher. Todavia sob o ponto de vista moral e jurídico, merecem reprovação tanto a infidelidade do marido como a da mulher, por se fator de perturbação de estabilidade do lar e da família (DINIZ, 2023, p. 135).

Essa perspectiva de Maria Helena Diniz, como será demonstrada nos próximos capítulos, é a realidade dos adultérios praticados pelos homens casados. Mais de 98% (noventa

---

[116] Nesse ponto, faz-se um paralelo com a visão de João Baptista Vilella lançada no artigo *Desbiologização da Paternidade,* publicado em 1979.
A paternidade em si mesma, segundo a visão do autor, não é um fato da natureza, mas uma construção social. Como a gravidez é um fenômeno *feminino*, a responsabilidade da mulher pela procriação sempre esteve pressuposta. Nas palavras do civilista:
"A coabitação sexual entre o homem e a mulher, sob determinadas circunstâncias, pode dar origem a um novo ser humano, matéria em si de altíssima relevância. Como a gravidez é um fenômeno feminino e ostensivo, a responsabilidade social da mulher pela procriação sempre esteve razoavelmente acautelada. A do homem, cuja participação não deixava vestígios seguros, apenas estaria, caso o associasse à mulher o vínculo de justas núpcias. Do contrário, tudo ficava na dependência de um intrincado sistema de provas e exceções, que tabus morais e religiosos faziam ainda mais idôneo à proteção da impunidade masculina. O mais iníquo ingrediente desse minado campo de provas era a chamada *exceptio plurium concumbentium*." (VILELLA, 1979, p. 402).

e oito por cento) dos casos de concubinato analisados, envolveram homens casados e mulheres, concubinas, solteiras. Na grande maioria das vezes que suscitaram socorro ao Poder Judiciário, estavam sozinhas no trabalho de cuidado dos filhos. Os homens, por sua vez, ou morreram sem deixar qualquer segurança à família paralela, ou saíram dessas relações impunes, por ter restado demonstrado a ausência de separação de fato em relação ao vínculo matrimonial.

Percebe-se que a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, mesmo que seja um direito básico, ainda incomoda os doutrinadores contemporâneos. Como demonstrado, historicamente, o adultério masculino foi tolerado – e até incentivado – pelo Estado e pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nas Ordenações Filipinas, o dever de fidelidade não era imputado aos cônjuges de igual forma. O adultério praticado pela esposa era considerado mais grave e, por isso, poderia ser morta. A visão dos autores civilistas atuais reflete toda uma tradição misógina, protetiva do adultério, em benefício do poder masculino. Como veremos no transcorrer desta pesquisa, ainda há a legitimação do adultério masculino, de forma velada. É sobre as mulheres que a transgressão matrimonial pesa.

O dever de *vida em comum, no domicílio conjugal* também ainda possui o seu embasamento nos preceitos cristãos. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2023), esse dever obriga os cônjuges a viverem sob o mesmo teto e ter comunhão de vidas. No entanto, essa obrigação não deve ser encarada de maneira absoluta, pois uma impossibilidade física ou moral, não impede o cumprimento do dever. Os cônjuges podem se ausentar do lar por questões pessoais ou profissionais sem que afete o dever de *vida em comum.*

No entanto, há um outro pressuposto inserido nesse dever de coabitação: o de manter relações sexuais (MADALENO, 2023)[117]. O antigo conceito para o dever de coabitação, apresentado quando da análise do Código Civil de 1916, permanece em sua integralidade no Código Civil de 2002, mesmo diante do comprovado e elevado número de estupros maritais[118]. O dever de coabitação, eufemismo utilizado pelo Código, exige que cônjuges mantenham

[117] Maria Berenice Dias discordou dessa visão: "Os outros direitos e deveres reciprocamente impostos aos cônjuges também não resistem a uma análise acerca de sua efetividade. Na expressão 'vida em comum, no domicílio conjugal' (CC 1.566 II), não se pode ver a imposição do *debitum conjugale,* infeliz locução que não pode significar dever de alguém de se sujeitar a contatos sexuais. A origem da expressão débito conjugal é de natureza religiosa, já que a finalidade do matrimônio é a procriação. Aliás, a falta de contato sexual é causa inclusive para a anulação do casamento religioso. Estes preceitos não cabem ser transportados para a regulamentação do casamento pelo Estado." (DIAS, 2015, p. 173).

[118] Flávio Tartuce também reconheceu que o dever de manter relações sexuais está atrelado ao conceito de coabitação conjugal: "Superado esse ponto, a vida em comum, no domicílio conjugal, antigo dever de coabitação, constitui expressamente outro dever decorrente do casamento (art. 1.566, II), o que inclui o débito conjugal (dever de manter relações sexuais), de acordo com a doutrina tradicional (RODRIGUES, Silvio. Comentários..., 2003, p. 126)". (TARTUCE, 2019, p. 174).

relações sexuais[119]. Essas são exigíveis a partir do *debitum conjugale*[120], introduzido há séculos pela Igreja para controlar o sexo matrimonial. Assim como na seara do Código Civil de 1916, existem julgados prolatados após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que reconhecem que a recusa reiterada da mulher em manter relações sexuais com o marido caracterizam injúria grave, salvo se ela assim procedeu com justa causa (DINIZ, 2023)[121][122].

O direito de coabitação envolve também o direito que um cônjuge possui sobre o corpo do outro: "Um cônjuge tem o direito sobre o corpo do outro e vice-versa, daí os correspondentes deveres de ambos, de cederem seu corpo ao normal atendimento dessas relações íntimas, não podendo portanto, inexistir o exercício sexual" (DINIZ, 2023, p. 136). A ausência das relações sexuais, na visão da autora, comprometeria seriamente a estabilidade familiar, vez que esta está fixada na necessidade fisiológica do sexo. Na verdade, com todo o patriarcado que ainda impera em nossa sociedade, na grande maioria dos casos, é o homem que é o dono do corpo da mulher,

---

[119] Rolf Madaleno também concorda com essa perspectiva: " A unidade conjugal atende desse modo a uma das finalidades do casamento, consubstanciada na convivência, como modelagem inerente à entidade familiar.
A coabitação dos cônjuges também envolve seu relacionamento sexual, como dever implícito do vínculo nupcial. Para Carlos Celso Orcesi da Costa, a convivência implica obviamente a intimidade sexual, que está dentre uma das principais finalidades do casamento, quer em razão da satisfação fisiológica, quer no tocante ao planejamento da prole." (MADALENO, 2018, p. 261).

[120] Para Paulo Lôbo: "A doutrina costuma denominar esse dever de "coabitação", mas o sentido que nele prevaleceu foi o de relacionamento sexual durante a convivência no lar comum, na expressão eufemística de *debitum conjugale*, hoje tão justamente repudiada. Fez sentido enquanto prevaleceu a sociedade patriarcal, reservando-se à mulher os papéis domésticos e ao homem o de provedor. Hoje, melhor se diz dever de comunidade de vida ou de vida em comum, em união durável, na mesma habitação. A jurisprudência dos tribunais, todavia, entende que a recusa ao *debitum conjugale* dá ensejo ao pedido de anulação do casamento, por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Doutrinariamente, diz-se que se a união de sexos não é condição formal de formação do casamento, é um efeito natural dele" (LÔBO, 2017, p. 134).

[121] "A infração do dever de coabitação pela recusa injustificada à satisfação do débito conjugal constitui injúria grave, implicando ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do outro consorte, e podendo levar à ação de reparação civil por dano moral e à separação judicial (CC, art. 1.573, III)." (DINIZ, 2023, p. 137).

[122] O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já anulou um casamento em virtude da recusa de relações sexuais por um dos cônjuges:
APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. ANULAÇÃO DE CASAMENTO. RECUSA AO RELACIONAMENTO SEXUAL POR PARTE DO VARÃO. ERRO ESSENCIAL CARACTERIZADO. PRECEDENTES. A recusa permanente do varão de manter relações sexuais com a cônjuge, justificando seu comportamento na ausência de libido em relação a ela, configura erro essencial, possibilitando, desta forma, a anulação do casamento.APELAÇÃO PROVIDA.
(BRASIL, TJ-RS - AC: 70032881088 RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 13/01/2010, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 19/01/2010)
No mesmo sentido, o seguinte julgado prolatado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:
APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE CASAMENTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO MINISTERIAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA ANULAÇÃO DO MATRIMÔNIO. NEGATIVA DA ESPOSA DE MANTER RELAÇÕES SEXUAIS COM O CÔNJUGE. CIRCUNSTÂNCIA IGNORADA ANTES DO ENLACE. ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO OUTRO CONSORTE CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.
(BRASIL, TJ-SC - AC: 431110 SC 2007.043111-0, Relator: Edson Ubaldo, Data de Julgamento: 14/04/2008, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Balneário Camboriú)

obrigando-a, em muitas situações, a praticar o ato sexual de maneira forçada[123]. Com a imposição do dever conjugal, a mulher é nulificada.

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves, a obrigação de sexo não envolve o atendimento a *taras ou abusos sexuais*. "A *traditio corporum* e o *jus in corpus* não devem ser confundidos com a sujeição às aberrações sexuais, mas devem ser entendidas no interesse pessoal de cada um dos cônjuges, com o respeito à sua liberdade sexual" (2023, p. 234).

Entende-se que a imposição do *débito conjugal* é incompatível com o próprio conceito de família valorizado pela Constituição. O ordenamento jurídico, ao impor esse dever, não valoriza a liberdade que tem o casal de formular os seus termos de convivência conjugal. Há, em verdade, a valorização da família enquanto *instituição* e não *instrumento*, vez que não há como um casamento ser libertador com a imposição desses deveres. O débito conjugal é, na verdade, a expressão máxima da violação da dignidade da pessoa humana prevista na Constituição, na medida em que instrumentaliza o corpo de uma mulher para a satisfação sexual do homem.

Tal como faziam os padres da Igreja Católica, ao legitimar o instituto do *débito conjugal,* o Direito deita-se na cama com os cônjuges e os força a praticar o sexo. Como comenta Rodrigo da Cunha Pereira, a imposição deste instituto vai de encontro ao princípio da autonomia da vontade, da dignidade da pessoa humana e ao princípio da livre disposição do corpo, um dos corolários da personalidade jurídica. A imposição deste dever também é contrária ao princípio da mínima intervenção estatal[124]. Todavia, em nome da família, o sistema jurídico brasileiro legitima essa intervenção (PEREIRA, 2016b)[125].

---

[123] Segundo dados divulgados pelo Sistema de informação de Agravos de Notificação (Sinan), entre 2011 e 2022, o Brasil registrou um total de 350 mil agressões sexuais contra mulheres. Em 42,5 mil casos (um em cada oito agressões), o autor era o cônjuge ou namorado da vítima. Esses dados constam no Mapa Nacional da Violência de Gênero, elaborado sob as bases do Senado Federal, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Conselho Nacional de Justiça e do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2023).

[124] Para Daniel Sarmento, a autonomia privada é um dos corolários da liberdade:

"A autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade." (SARMENTO, 2004, p. 154).

Na mesma linha de pensamento, comentou Rodrigo da Cunha Pereira:

"O Estado abandonou sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família, como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (Art. 227 da CF). A intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo." (PEREIRA, 2016b, p. 180-181).

[125] Sobre o tema, comenta Renata Vilela Multedo:

A imposição desse dever conjugal reitera a premissa anteriormente introduzida. O casamento monogâmico, ainda hoje, se implementa para legitimar as relações sexuais. É ainda por meio dele, que o Estado controla e domestica os cidadãos. O controle do sexo, continua sendo o principal objetivo do casamento monogâmico e, agora, da união estável.

A imposição dos deveres pelo Código Civil, em verdade, aniquila a liberdade dos indivíduos, que não podem formalizar um casamento sob seus próprios princípios.

O dever de coabitação, ou melhor, o *débito conjugal*, bem como a fidelidade recíproca, não são, portanto, deveres negociáveis. Segundo Silvio de Salvo Venosa (2023), é absolutamente ineficaz qualquer pacto entre os cônjuges a fim de dispensar a fidelidade ou o débito conjugal.

São diretivas de ordem pública, que incidem sob o casamento, independentemente da vontade dos nubentes. Como comenta Maria Berenice Dias, o interesse de manter a família como base da sociedade leva o Estado a impor as regras e exigir que elas sejam respeitadas pelos cônjuges, na tentativa de amarrá-los dentro de uma estrutura pré-fabricada (DIAS, 2015). O casamento, longe de ser um instrumento promovedor da liberdade, personifica-se como uma instituição incentivada pelo direito e imposta aos cidadãos sob os ideais do Estado.

Mesmo diante de uma sociedade livre e democrática, a monogamia ainda incide pelo casamento enquanto uma instituição controladora e castradora, ainda legitimadora do *direito sexual masculino de acesso sistemático ao corpo de mulheres* (ALVES, 2012) . O casamento ainda é incentivado em seus antigos moldes do contrato sexual. O controle dos corpos pela imposição da monogamia, poderá ser claramente visualizado no próximo capítulo, que se destinará a analisar a forma como os Tribunais Superiores lidam com famílias simultâneas. O adultério masculino continua impune. São as mulheres as maiores prejudicadas pela imposição do controle pelo Estado.

2.8 A dissolução da sociedade conjugal no Código Civil de 2002: a imputação da culpa na separação judicial e a sujeição dos indivíduos a situações vexatórias nas ações anulatórias do casamento

"A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como um de seus pilares a proteção da liberdade individual, hoje remete à autonomia existencial, vista como a possibilidade que cada indivíduo tem de construir seu projeto de vida. [...] Daí decorre a importância de se preservarem espaços de não interferência estatal, bem como de traçarem limites e justificativas adequadas aos princípios do sistema para que seja possível averiguar até que ponto são legítimas as intervenções legislativas e judiciais sobre certas escolhas que referem à esfera íntima da pessoa humana no âmbito da família." (Renata MULTEDO, 2017, p. 39-40).

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.571, elenca as causas de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Embora a Constituição Federal tenha previsto o divórcio desde a sua promulgação, exigia, para a sua concretização, a prévia separação judicial, por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou a comprovada separação de fato por mais de dois anos. O divórcio, não era, portanto, um instrumento para ser utilizado de maneira direta. Apenas cumprido esses requisitos, a dissolução do vínculo conjugal poderia ser solicitada em juízo.

Heranças do antigo regimento civilista foram herdadas pelo novo regime constitucional, pois os obstáculos para se concretizar a quebra do vínculo matrimonial foram impostos pelo ordenamento jurídico. Era uma forma de o Estado controlar a dissolução dos vínculos familiares.

A Emenda Constitucional nº 66, de 14 de julho de 2010, conhecida como *PEC do Divórcio,* alterou a redação do art. 226, §6º, da Constituição. A exigência do lapso temporal e da separação para a concretização do divórcio foram retiradas do regramento constitucional (VILLELA, 2010)[126]. Constitucionalizou-se o divórcio direto, não havendo mais necessidade de qualquer cumprimento temporal ou de separação do casal para a sua solicitação.

Autores como Carlos Roberto Gonçalves (2023) e Maria Helena Diniz (2023) também comentaram que a nova redação da norma constitucional determinou a extinção das causas *subjetivas* (culpa) e *objetivas* (lapso temporal) para a dissolução do casamento. Com a PEC do Divórcio, a questão da culpa e do lapso temporal perderam o seu lugar na dissolução do casamento.

---

[126] Sobre a mencionada Emenda, comentou João Baptista Villela: “Mas, afinal, o que foi mesmo que disse a Emenda no 66? Limitou-se a reescrever o § 6º do art. 226 para dele extrair a exigência de o casamento só poder ser dissolvido pelo divórcio "após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos". A nova redação do parágrafo, como se vê, mantém intacta a legislação civil, que fazia e que continua a fazer a exigência agora dispensada no plano da Constituição.” (VILLELA, *online,* 2010).

E sobre os impactos da Emenda no Código Civil, prossegue:

“O senhor poderia nos explicar melhor esta parte para não termos margens de dúvida?

A legislação continua, sim, intacta, porque é perfeitamente compatível com a Constituição da República e não foi modificada segundo forma prescrita em lei. Para que seja tida por modificada impõe-se observar os cânones da Lei de Introdução ao Código Civil. É ela que estabelece as hipóteses de revogação. A mudança radical a que me refiro não está no conteúdo, na extensão ou no alcance das leis, mas nos poderes de que foi investido o legislador ordinário. Agora, não estando mais sujeito às imposições que a Constituição lhe mandava observar, o legislador ordinário poderá, se o quiser, também dispensá-las do Código Civil ou do Código de Processo Civil, onde elas se acham ancoradas. Isto tem uma significação política enorme, mas não revoga qualquer lei. Confere o poder de revogar, mas não revoga

(...)

Em síntese, o senhor não vê incompatibilidade entre o teor da Emenda Constitucional no 66, de um lado, e as exigências para o divórcio no Código Civil e no Código de Processo Civil, de outro?

Absolutamente nenhuma. Elas convivem perfeitamente e se dão muito bem uma com as outras”. (VILLELA, *online,* 2010).

Embora a Emenda Constitucional nº 66, de 2010, tenha retirado a separação (judicial ou de fato) como requisito essencial para a concretização do divórcio, ela ainda subsiste em nosso Código Civil. Segundo o art. 1.571, a sociedade conjugal termina: a) pela morte do cônjuge; b) pela nulidade ou anulação do casamento; c) pela separação judicial; e d) pelo divórcio. Ante a controvérsia acerca da constitucionalidade da separação judicial, ainda prevista no Código Civil, na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal foi definido, pelo Enunciado nº 514, que a supracitada Emenda Constitucional não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.

Como regra, a culpa, anteriormente visualizada na separação judicial pelo Código Civil de 1916, perde o seu lugar nas ações de divórcio. Conforme o art. 1.580, §1º do Código Civil, a sentença que decreta o divórcio não deverá mencionar as causas que o determinou. Sobre o assunto, comentou Maria Helena Diniz:

> O casal, como não há necessidade de imputar culpa a qualquer dos divorciandos pelo término do casamento, para pleitear o divórcio, deverá apresentar certidão de casamento, sem ter de indicar o motivo do fim da relação matrimonial ou que comprovar a culpabilidade dos interessados ou a fluência de qualquer prazo de eventual separação judicial ou de fato (DINIZ, 2023, p. 368).

A concretização do divórcio de maneira direta, sem a imputação de culpa, compatibiliza-se com o conceito de família *instrumental* adotado pela Constituição. A família serve para a realização e desenvolvimento do indivíduo. Não sendo mais ela esse espaço de realização, os indivíduos poderão então solicitar o divórcio de maneira direta, sem a necessidade de esclarecimentos sobre as causas que os levaram a essa decisão ou a imputação de culpa ao outro cônjuge. O divórcio direto, nos novos moldes constitucionais, é a própria concretização da dignidade da pessoa humana (DIAS, 2010).

Embora a discussão da culpa tenha perdido seu lugar nas ações de divórcio, ela ainda permanece nas ações de separação litigiosa (GONÇALVES, 2023).

Nas ações de separação judicial litigiosa, nos moldes do art. 1.572 do Código Civil, *qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.* Nesses moldes, a separação é imposta ao outro cônjuge como uma sanção. O direito ainda permite a culpabilização do indivíduo pelo término da relação conjugal. Não bastasse esse regramento punitivo, o art. 1.573 estabelece as causas que podem caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida, ou seja, causas que o cônjuge proponente da ação pode imputar ao outro. O adultério, a injúria grave e a conduta desonrosa estão dentre elas. No

entanto, o parágrafo único do dispositivo regulamenta que o juiz pode considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade de vida em comum.

A atribuição de culpa ao outro cônjuge desencadeia impactos em outras searas do Direito de Família. O cônjuge considerado culpado na ação, perde o direito de pleitear alimentos, exceto se estiver inapto ao trabalho ou se necessitar e não houver nenhum outro parente capaz de pensioná-lo (art. 1.704). Da mesma forma, o cônjuge culpado perde o direito de continuar utilizando o sobrenome do outro, exceto se a alteração acarretar prejuízo evidente para a sua identificação ou nas outras hipóteses previstas no art. 1.578 do Código[127]. O cônjuge separado de fato há mais de dois anos será excluído da sucessão de seu consorte, se culpado pela separação (art. 1.830 do Código).

A exigência da pesquisa de culpa para as ações de separação judicial, ainda previstas no Código Civil, representam o retrocesso da legislação, ante ao salto dado pela Constituição de 1988 no asseguramento das liberdades e dos direitos fundamentais.

A previsão de imputação de culpa ao cônjuge que deu causa à separação, evidencia o tratamento transpessoal do Código Civil em relação à família. Prioriza-se a mantença da família, a todo custo. Caso um dos cônjuges seja responsável pelo término do casamento, o direito pune-o, vez que o término da sociedade conjugal representa uma *perda* para a sociedade. Há, nesse sentido, verdadeiramente, a proteção da família enquanto *instituição* e não *instrumento.* A separação nesses casos, mostra-se como um mecanismo jurídico sancionatório e não um mecanismo de libertação dos indivíduos envolvidos em prol do asseguramento da dignidade da pessoa humana.

A dissolução da sociedade conjugal pela anulação do casamento também se mostra importante para essa pesquisa.

O Código Civil considera anulável o casamento nas hipóteses elencadas nos arts. 1.550, 1.556 e 1.558. Duas hipóteses merecem atenção especial: a anulação em virtude de um dos nubentes não ter completado a idade mínima para casar e a anulação por vício de vontade, nos termos do art. 1.556 e art. 1.558, do Código Civil.

O casamento poderá ser anulado caso um dos cônjuges, ou os dois, não tenha completado a idade mínima para se casar. Não podem se casar, por sua vez, os menores de 16

[127] Como comenta Carlos Roberto Gonçalves, o Código Civil de 2002 não disciplinou o uso do sobrenome do ex-cônjuge após o divórcio. Esse uso não era permitido, salvo nas três hipóteses previstas no art. 1.578 do Código Civil. Em virtude da aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que retirou o requisito subjetivo para a concretização do divórcio, eventual culpa não poderá repercutir no direito do outro cônjuge de usar o sobrenome de casado após o divórcio. Para o autor, o art. 1.578 do Código Civil deve ser considerado revogado, por ser incompatível com a nova ordem constitucional estabelecida pela mencionada Emenda Constitucional.

(dezesseis) anos. Uma situação chama atenção em relação a essa hipótese: a gravidez superveniente, conforme o art. 1.551 do Código, exclui a possibilidade de anulação do casamento por defeito de idade. Juridicamente, a gravidez faz com que a aptidão para o casamento surja. A mulher, no caso menina, torna-se, com a gravidez, automaticamente capaz para o casamento. O direito presume o nascimento de uma capacidade natural (GONÇALVES, 2023).

O regramento confirma o entendimento já lançado nesse estudo em outros momentos. É interesse do ordenamento jurídico preservar esse vínculo matrimonial em prol da família, mesmo que um dos cônjuges seja um adolescente, pois, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Federal nº 8.069, de 1990, pessoa entre doze e dezoito anos de idade é adolescente. O ordenamento jurídico, sob as vestes disfarçadas de Estado Democrático de Direito, ceifa a juventude da menina, em prol da mantença da família[128].

Ao lado da anulação por ausência de idade núbil, ainda há a previsão de anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Na mesma linha do Código de 1916, o Código Civil de 2002 especificou no art. 1.557 as hipóteses caracterizadoras de erro sobre a pessoa do outro cônjuge. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: a) o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama; b) a ignorância de crime, anterior ao casamento; e c) a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência. Comparando o texto do Código de 2002 com o de 1916, infere-se que apenas a redação foi alterada. Os fundamentos de anulação do casamento por erro sobre a pessoa do outro cônjuge permanecem os mesmos. Felizmente, a hipótese do defloramento da mulher não foi contemplada pelo Código.

O erro no que diz à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama tem interpretação alargada. Com base nessa hipótese, como comenta Carlos Roberto Gonçalves (2023), os tribunais têm concedido a anulação do casamento quando, por exemplo, a mulher mantém relações sexuais *anômalas*, confessando a prática de lesbianismo; o marido é rejeitado

[128] Sobre a impossibilidade de anulação de casamento que resultou gravidez, ponderou Maria Helena Diniz: "Outra exceção é a estabelecida no art. 1.551 do Código Civil, ao dispor que 'não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez (RT, 462:104), pois o impedimento baseia-se na aptidão física, que não pode ser negada se houve gravidez. Apesar da irregularidade havida, a família, efetivamente, constitui-se com a superveniência do filho, por haver aptidão procriadora. Não há interesse social em se anular tal matrimônio por ser preferível que o filho do menor encontre ao nascer um lar constituído." (DINIZ, 2023, p. 278).

sexualmente pela mulher; a mulher ou marido que se recusa a pagar o *débito conjugal*[129]; a mulher descobre que o marido é homossexual[130] e o homem que, sem saber, descobre que se casou com uma prostituta[131].

A outra hipótese de anulação prevista no Código, refere-se à ignorância de defeito físico irremediável que não caracterize como deficiência física. Na mesma linha do que sustenta Clóvis Beviláqua, Maria Helena Diniz (2023) e Silvio de Salvo Venosa (2023) esclarecem que o defeito físico irremediável é aquele que impede a realização dos *fins matrimoniais,* ou seja, que impede a consumação do ato sexual[132]. Para Carlos Roberto Gonçalves, são defeitos que devem ser interligados às anormalidades orgânicas ou funcionais, que prejudiquem, de alguma maneira, o desenvolvimento da relação sexual, como *o infantilismo, o hermafroditismo*[133]*, o sexo dúbio, o vaginismo, etc.*

O casamento pode ser anulado também ainda que o defeito não impeça a realização das relações sexuais, mas ponha obstáculos à sua consumação ou crie repulsa para uma das partes, ainda que o defeito não se localize nos órgãos genitais.

Carlos Roberto Gonçalves (2023) e, na mesma linha do que já foi anteriormente demonstrado, comenta que nessas ações de anulação admitem-se todos os meios de prova para a comprovação do defeito físico irremediável, inclusive a prova testemunhal e pericial, imprescindíveis e que só devem ser dispensadas se forem impossíveis as suas realizações.

---

[129] Família. Anulação de casamento por não consumação de relações sexuais em razão de resistência da mulher. Virgindade comprovada. Resistencia atribuída a problemas de ordem psicológica, imperceptíveis antes do matrimonio. Erro essencial. A repulsa ao débito conjugal, conhecida após o casamento, é causa de anulação. (JRC)
(BRASIL, TJ-RJ - REEX: 00123540519938190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 2 VARA DE FAMILIA, Relator: PAULO SERGIO DE ARAUJO E SILVA FABIAO, Data de Julgamento: 16/08/1994, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/09/1994)

[130] Anulação de casamento. Sentença de improcedência do pedido. Vício de vontade. Esposa que desconhecia o homossexualismo do marido antes do casamento. Artigos 1556 e 1557 do Código civil Comprovação dos requisitos para anulação. Recurso, nesse sentido, provido. .
(BRASIL, TJ-SP - AC: 5809384600 SP, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 11/09/2008, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/09/2008)

[131] "Assim se se provar a má vida ou prostituição da mulher antes do ato nupcial, sendo o fato ignorado pelo marido, procede a anulação do casamento (RT, 490:51, 429:102, 182:231, 132:702, 217:141, 290:700, 244:561, 389:136, 536:114; RF, 253:277; RTTJSP, 10:122). Da mesma forma se a mulher descobrir, por ex, que seu marido é (a) dado a práticas homossexuais (RF, 130:140; RJTJSP, 39:53, 45:67; Ciência Jurídica, 65:113; RT, 151:634, (...) ou (f) sádico (RT, 192:674, 520:104), poderá pleitear a anulabilidade das núpcias (DINIZ, 2023, p. 283).

[132] Anulação de casamento. Erro essencial. Defeito físico irremediável. Impotência "coeundi". A impotência "coeundi", inviabilizando os fins do casamento, é um defeito físico suficiente para justificar a anulação do casamento. Sentença confirmada. (DSF)
(BRASIL, TJ-RJ - REEX: 00065037719968190000 RIO DE JANEIRO NOVA IGUACU 3 VARA DE FAMILIA, Relator: MARLAN DE MORAES MARINHO, Data de Julgamento: 08/08/1996, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/09/1996)

[133] A utilização do termo "hermafroditismo" pelo autor é extremamente problemática. O termo "intersexo" é a expressão adequada para fazer referência às pessoas que não se encaixam na noção de masculino e feminino.

Na mesma linha do entendimento clássico de Clóvis Beviláqua, somente o defeito físico que impossibilite ou dificulte os *fins matrimoniais* pode ser reconhecido para a anulação do casamento. Consolidou-se na jurisprudência o entendimento de que não é anulável o casamento com fundamento na esterilidade de um dos cônjuges, vez que, "embora a procriação seja uma das finalidades do casamento, não é a única, nem de tal relevância que sua ausência justifique a invalidade" (GONÇALVES, 2023, p. 209)

Pois bem. Das duas hipóteses de anulação do casamento em virtude do erro quanto a pessoa, observa-se a preocupação do direito em regulamentar questões envolvendo o sexo. O sexo se faz presente nas duas hipóteses analisadas, seja em relação à honra e boa fama, seja em relação ao defeito físico irremediável. A preocupação exacerbada do Código Civil em anular o casamento por essas hipóteses demonstra, de maneira involuntária, a centralidade e a importância do sexo no casamento.

Esses dispositivos são, ao nosso ver, inconstitucionais, vez que submetem as vítimas – as que não tem boa honra, fama ou possuem um defeito físico irremediável – a situações extremamente vexatórias, especialmente no segundo caso, envolvendo defeito físico irremediável. Por que o direito não assegura, tão apenas, o divórcio nesses casos? A anulação do casamento por uma dessas hipóteses acaba por imputar grave culpa ao outro cônjuge, indo de encontro com o preceito constitucional do divórcio, elemento que também visa dissolver o vínculo conjugal, vez que não exige, para a sua concretização, a imputação da culpa ao cônjuge.

Não bastasse serem partes em um processo de anulação de casamento que, por si só, já causa um constrangimento à parte interessada, precisam se submeter à toda a instrução processual que se destina a investigar a vida social, os desejos e os corpos dos indivíduos. A anulação do casamento por essas causas revela a ilegítima intromissão do Direito na vida íntima e nos corpos dos indivíduos. São dispositivos violadores da dignidade da pessoa humana e que, assim como os de separação judicial, demonstram a preocupação do Estado em resguardar a *integridade* de um indivíduo, às custas da nulificação do outro.

Especialmente em relação à anulação do casamento por impossibilidade de realização dos fins matrimoniais, ou seja, da cópula sexual, filiamo-nos ao pensamento de João Baptista Villela, para quem, nos anos 1980, já entendia que o novo clima cultural do país abria espaço para a autorregulação do casal, não se justificando, com isso, a imposição de modelos de sexualidades aos indivíduos, sendo essa matéria de estrito interesse dos conviventes. Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, João Vilella já recomendava a revisão da teoria do erro essencial sobre a pessoa, tendo em vista os novos achados de investigação sociológica que não veem, na cópula sexual, o único meio de gratificação sexual:

> A tendência hoje, no que concerne aos efeitos pessoais do casamento, é abrir amplo espaço à auto-regulação do casal. Não se justifica, portanto, sob este novo clima cultural, que se lhes imponham modelos de sexualidade, matéria de estritíssimo interesse. É por isso de se recomendar que a teoria do erro essencial sobre a pessoa seja revista diante de novos achados de investigação sexológica, que não vêem no intercurso o modo único nem, talvez, sequer principal de gratificação sexual (VILLELA, 1980, p. 670-671).

Como sugere João Baptista Villela, as novas percepções da sexualidade sugerem que o estabelecimento do erro sobre a pessoa não deveria se fundar na penetração vaginal e no poder instrumental para a cópula, mas sim nas amplas possibilidades de gratificar sexualmente o parceiro.

2.9 A união estável e o concubinato no Código Civil de 2002: a criação de um novo mecanismo de controle pelo campo jurídico brasileiro e a invisibilização daqueles que rompem as barreiras monogâmicas

Como já mencionado nos tópicos anteriores, um dos grandes passos dados pela Constituição Federal de 1988 foi a concessão de reconhecimento jurídico para as entidades familiares formadas sem o vínculo matrimonial, atualmente nomeadas de união estável. A Constituição elevou o *status* dessas entidades para o patamar de família, lhe concedendo uma nova conceituação e lhe reconhecendo novos direitos (Cláudia TOLEDO, 2013).

Seguindo a lógica constitucional, foi aberto um capítulo próprio para a regulamentação da união estável no Código Civil de 2002, que regulamentou essa nova entidade a partir do art. 1.723. Como diz o ditado, nem tudo são flores. Ao instituir a união estável, reconheceu direitos aos seus integrantes. Todavia, também lhe impôs deveres, sendo estes equiparados aos deveres previstos ao casamento. Com o reconhecimento da união estável, o âmbito de aplicação da monogamia se alarga. Ao reconhecer essas entidades como família, para, de fato, lhes conceder os devidos direitos, o ordenamento exige o cumprimento de deveres, equiparados ao casamento, sob pena de não reconhecimento da entidade familiar. O Estado, a partir da união estável, conseguiu se apropriar de mais um mecanismo constitucional para controlar as sexualidades.

O Direito apenas reconhece 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* (art. 1.723 do Código Civil). A união estável perde o status de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar, não podendo, por isso, ser considerada união livre. Por ter seus direitos equiparados aos do casamento, não se reconhece a união estável se ocorrerem algumas das hipóteses previstas no art. 1.521 do Código, que trata dos

impedimentos para o casamento. A única exceção prevista para esse novo modelo de entidade familiar refere-se ao inciso VI do dispositivo. Reconhece-se a união estável entre duas pessoas, se uma ou as duas forem casadas, desde que esteja comprovada a separação de fato. No entanto, a ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes são caracterizados pela doutrina como pressupostos do reconhecimento da união estável (VENOSA, 2023). Caso um dos conviventes esteja inserido num casamento válido, sem separação de fato, eventual união que mantenha para além do casamento não é reconhecida pelo direito, não importando as características que essa segunda união apresente.

Embora Maria Helena Diniz conceitue a relação de companheirismo como relação livre, em contraposição ao matrimônio[134], o Código Civil, seguindo a mesma lógica das regras para o casamento, tratou logo de regulamentar os deveres dos companheiros. Segundo o art. 1.724, a relação deles deverá ser vivida em observância aos deveres de lealdade, respeito e assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos.

O dever de lealdade, como já foi esclarecido pelo Superior Tribunal de Justiça, está implícito no dever de fidelidade recíproca. A lealdade é o gênero do qual a fidelidade é a espécie. Mesmo sem uma formalização contratual, o sistema jurídico exige que os companheiros sejam leais um ao outro, pois a relação precisa ter aparência do que a doutrina comumente chama de "posse do estado de casado" (DINIZ, 2023)[135].

Em caso de inobservância do dever de lealdade, corolário da monogamia, a relação será encarada pelo direito como uma relação livre, uma *amizade colorida*, sem o status de união estável, razão pela qual os seus integrantes não receberão qualquer reconhecimento[136].

---

[134] "Ao matrimônio contrapõe-se o companheirismo, consistente numa união livre e estável de pessoas livres de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil." (DINIZ, 2023, p. 410).

[135] "Por ser convivência geradora de estado de casado, o sistema jurídico brasileiro, ainda que mantendo as singularidades de cada entidade familiar, aproximou as regras estruturais dos direitos e deveres entre cônjuges e entre companheiros, e entre estes e os filhos." (LÔBO, 2017, p. 168).

[136] Em sentido similar, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos

membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro". 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
(BRASIL, STF – RE: 1045273 SE, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 21/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/04/2021)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96. 1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012. 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido.
(BRASIL, STJ - REsp: 1348458 MG 2012/0070910-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014)

No mesmo sentido e, recentemente, também se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL - REJEITADA - INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE AS PARTES - AUSÊNCIA COMPROVAÇÃO DO RELACIONAMENTO PÚBLICO, DURADOURO E COM O ÂNIMO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA - AUSÊNCIA DE FIDELIDADE SABIDA E NOTÓRIA ENTRE AS PARTES. - Se a parte impugna as razões de decidir da sentença, dever que lhe é imposto pelo princípio da dialeticidade recursal, não há falar-se em deserção da apelação por inovação recursal - Para o reconhecimento da união estável, como dito, deve haver notoriedade da relação pela sociedade, como se casados fossem, além do intuito de constituir família - Os cônjuges e companheiros devem observar a fidelidade e a monogamia, não sendo dado às partes pretender a declaração em juízo de uma relação que reconhecidamente não respeitava os valores trazidos pelo ordenamento jurídico - No julgamento do REsp 1348458/MG, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a fidelidade é intrínseca ao dever de lealdade entre os companheiros, sendo, portanto, um requisito para o reconhecimento da união estável.
(BRASIL, TJ-MG - AC: 10000221706005001 MG, Relator: Pedro Aleixo, Data de Julgamento: 15/12/2022, Câmaras Especializadas Cíveis / 4ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 16/12/2022)

Assim como no casamento, na união estável, esses deveres são de observância obrigatória. Os companheiros não possuem a liberalidade de elaborar os seus próprios termos ou, sequer, renunciar à fidelidade nos moldes previstos na legislação civilista. Como veremos no decorrer desta pesquisa, apesar de conceder direitos para os companheiros, o ordenamento jurídico, sob as vestes disfarçadas de legalidade e constitucionalidade, amarra-os ao cumprimento dos seus termos para a concessão desses direitos. Quase como uma chantagem emocional, que no caso, é jurídica, o reconhecimento só é concedido para aqueles que se curvam às regras impostas pelo ordenamento. Para aqueles que são, essencialmente, monogâmicos.

Ante ao reconhecimento da união estável, a expressão *concubinato* é hoje utilizada pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência apenas para se referir ao relacionamento íntimo/afetivo envolvendo pessoas casadas, que infringiram o dever de fidelidade (GONÇALVES, 2023). Apenas um dispositivo foi destinado a *regulamentar* essa situação. O art. 1.727 regulamentou que *as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.* No entanto, nem todas as pessoas impedidas de casar integram relações de concubinato. Caso a separação de fato em relação ao vínculo matrimonial seja comprovada, é possível, por exemplo, se reconhecer a união estável.

Herança do Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 nada assegurou para essas relações.

O tratamento jurídico concedido às relações de concubinato é a expressão mais evidente do controle feito pelo Estado por meio da monogamia. Através do casamento e, agora, da união estável, o Direito legitima as relações sexuais que lhe são pertinentes e, em troca, concede-lhes direitos.

As relações de concubinato, por sua vez, fogem à regra da monogamia imposta pelo Estado e furam a bolha de moralidade do casamento e da união estável. Tendo em vista ser a monogamia, como veremos, encarada como um princípio do direito, o campo jurídico pune essas relações não monogâmicas, destinando-as à invisibilidade e às margens do direito.

Assunto que será profundamente abordado, infere-se que o *concubinato*, expressão assim utilizada pelo ordenamento jurídico, é, atualmente, a consequência mais nefasta da histórica imposição da monogamia. As relações de concubinato são, como veremos a partir da análise da jurisprudência, majoritariamente formada por homens casados e mulheres solteiras. Quando pedem socorro ao Poder Judiciário, na grande maioria das vezes, ou seus *companheiros* já faleceram sem lhes deixar absolutamente nada, ou eles são protegidos pelo Poder Judiciário, saindo ilesos dessa relação *adulterina*, por não ter sido reconhecida a separação de fato em relação ao vínculo matrimonial.

Mesmo diante da igualdade de gêneros, assegurada pela Constituição Federal de 1988, veremos que o entendimento jurisprudencial, sob forte influência do Brasil Colônia, ainda legitima o adultério masculino. São precisamente as mulheres, por sua vez, as maiores vítimas dessas relações. A endemonização e inferiorização da mulher, vistas após a influência do Concílio de Trento e no Brasil Colônia, fazendo-se presentes nas Ordenações Filipinas e no Código Civil de 1916, ainda se fazem presentes na legislação brasileira, sob novos moldes. É com base nesse pressuposto que a análise jurisprudencial será feita no próximo capítulo.

No entanto, antes, recomenda-se que o leitor se direcione para os Anexos A e B desta pesquisa, que tratam da jurisprudência dos Tribunais Superiores envolvendo a mulher e a monogamia.

3 A PRESENÇA DA FRATERNIDADE MASCULINA NOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A REPRODUÇÃO DO CONTRATO SEXUAL POR MEIO DA IMPOSIÇÃO DA MONOGAMIA

Este capítulo possui como objetivo analisar de que maneira as mulheres são subjugadas e controladas por meio da imposição da monogamia pelo Direito, a partir da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O capítulo se pautará em todo o estudo jurisprudencial que foi feito no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e que se faz presente nos Anexos A e B deste trabalho. Presume-se que, ao iniciar este capítulo, o leitor já tenha lido todos os dois anexos, pois, no desenvolvimento desta seção, não serão recapitulados os detalhes dos casos, mas apenas os principais e necessários à análise jurisprudencial.

O estudo da jurisprudência será feito por meio do método *Análise de Jurisprudência* e será embasado pela teoria feminista, especialmente em sua vertente radical.

A filósofa feminista Carole Pateman será a principal referência teórica deste estudo[137]. A sua escolha foi feita após toda a descrição dos julgados dos Tribunais Superiores. A partir de uma ampla análise desses casos, foi possível perceber que há, entre eles, um fio condutor que os interliga, isto é, um fundamento que se faz presente em todos os julgados, independentemente do resultado. Esse fundamento está consubstanciado no que Carole Pateman chama de *patriarcado fraternal moderno,* elemento essencial para a manutenção do contrato sexual. É, essencialmente, sob essa justificativa que a teoria do contrato sexual de Pateman será utilizada como principal referencial teórico.

Por fim, ressalta-se que este capítulo será dividido em dois momentos.

O primeiro deles se concentrará em apresentar a teoria de Carole Pateman, especialmente em relação ao contrato sexual. A análise jurisprudencial que esta pesquisa propõe, requer, necessariamente, um olhar crítico próprio da teoria feminista. Sem esse aporte teórico, certamente, este trabalho não teria êxito em sua investigação.

O segundo momento se concentrará na análise jurisprudencial propriamente. Para respondermos à pergunta problema proposta – *de que maneira o campo jurídico brasileiro, por meio dos seus Tribunais Superiores, ao incorporar como padrão a sexualidade monogâmica, reproduz uma lógica de controle e inferiorização de mulheres?* – a investigação jurisprudencial será movida a partir de categorias de análise, elementos que perpassam toda a jurisprudência e

[137] As obras *O Contrato Sexual* e *El Desorden de las Mujeres* são duas de suas obras que serão utilizadas como aporte teórico principal para a análise jurisprudencial.

que fundamentam a inferiorização das mulheres no Brasil, às custas do reinado da monogamia e, como veremos, dos homens.

3.1 A natureza jurídica contratual do casamento e da união estável

O segundo capítulo desta pesquisa encarregou-se de apresentar o conceito, as características e os fundamentos do casamento e da união estável, a partir das diretrizes do Código Civil de 2002. Essas questões são, como mencionado, de suma importância para compreendermos de que maneira a monogamia se insere na sociedade e no Direito, pois, como regra, é por meio desses dois modelos de relacionamento que a monogamia se faz presente, regulando não apenas a relação afetiva do casal heterossexual, mas também a relação do homem, enquanto *indivíduo*, e mulher, enquanto um ser subjugado.

Embora as características, os fundamentos e os conceitos dessas duas relações monogâmicas tenham sido apresentados, o capítulo segundo não analisou e discutiu, de maneira aprofundada, a natureza jurídica dessas duas relações. A análise da natureza jurídica do casamento e da união estável nos fornecerá uma ponte para compreendermos como o contrato sexual se faz presente nesses dois modelos de relação. A natureza jurídica do casamento e da união estável possui relação direta com o que Carole Pateman (2023) chama de *contrato sexual* e, justamente por isso, optou-se por tratar do assunto apenas neste capítulo.

Embora o assunto não esteja elencado dentre os temas pacíficos da doutrina, entende-se que tanto o casamento quanto a união estável possuem natureza jurídica contratual, isto é, são contratos de Direito de Família especiais, também chamados de contratos *sui generis*[138].

O contrato de casamento, especialmente, diverge dos outros contratos de Direito Civil. O contrato de casamento não é firmado por meio de uma assinatura como ocorre normalmente nos contratos corriqueiros do cotidiano, tal como um contrato de locação. Da mesma forma, sequer as partes são chamadas de “contratantes” e “contratadas”.

Do mesmo modo, as partes não definem as normas que vão reger o seu casamento. Como menciona Pateman, em vez disso, o contrato não escrito de casamento é codificado em uma lei que governa o casamento e a vida familiar. É, na verdade, o sistema jurídico brasileiro

[138] Nesse mesmo sentido, já ponderou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em recente julgado:
“O casamento, se examinado tanto como uma instituição, quanto contrato sui generis, somente produz efeitos em relação aos celebrantes e seus familiares, não abrangendo terceiros.”
(TJ-SP - AC: 10009286420198260099 SP 1000928-64.2019.8.26.0099, Relator: Edson Luiz de Queiróz, Data de Julgamento: 14/02/2023, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/02/2023)

quem regulamenta e governa a relação íntima monogâmica (Carole PATEMAN, 2023). As normas do contrato de casamento são regras que se aplicam de maneira idêntica a todos aqueles que pretendem e que, de fato, contraem o matrimônio. São regras impostas pelo Direito e que não são alteráveis. Os nubentes aderem a um contrato pronto, equiparável ao chamado "contrato de adesão".

Silmara Juny de Abreu Chinelato, professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), também defende a natureza contratual do casamento. Para ela, o Direito de Família é formado por normas protetivas, como outras áreas do direito – a exemplo do Direito do Consumidor - , que tutelam a parte mais fraca da relação. A existência de normas de ordem pública regulatórias do matrimônio não afasta a natureza contratual do casamento, uma vez que existem vários contratos de Direito Civil e de Direito do Consumidor que são regidos por normas jurídicas previamente estipuladas e inalteráveis. Segundo Silmara, a despeito de ser regulamentado por normas advindas do Código Civil, o casamento possui natureza jurídica contratual, um contrato de Direito de Família, um contrato *sui generis* (Silmara CHINELATO, 2008).

Influenciado pelas regras da Igreja Católica, implementadas no Concílio de Trento, o casamento civil é constituído por meio de dois atos diferentes. A assinatura do contrato, tal como ocorre, por exemplo, em um contrato de prestação de serviços, é substituída pela cerimônia de casamento. A cerimônia, conduzida por uma autoridade jurídica, é a oportunidade na qual os nubentes comprometem-se num ato verbal, na presença das demais testemunhas e convidados. O homem e a mulher dizem a palavra "sim", transformando-se, na mesma ocasião, em marido e *mulher*. Ao dizer a palavra "sim", o homem, solteiro, transforma-se em marido. Embora a mulher seja considerada "esposa" ao aceitar se casar, no ato da cerimônia ela se "transforma" em "mulher", mas em uma mulher quase propriedade do seu marido, quem tem, agora oficialmente, total acesso ao seu corpo. A cerimônia de casamento é performativa (PATEMAN, 2023) e faz parte do contrato de casamento[139].

[139] Sobre o assunto, comenta Carole Pateman: "Por exemplo, as feministas contemporâneas observam que o contrato de casamento, diferentemente de outros contratos válidos, requer que uma das partes abra mão de seu direito de legítima defesa e de integridade corporal. Elas também apontaram que o contrato de casamento não existe como um documento escrito que é lido e então assinado pelas partes contratantes. Geralmente, um contrato somente é válido se as partes leram e compreenderam os termos antes de se comprometerem. Hoje em dia, se uma grande quantidade de bens estiver envolvida num casamento, às vezes se redige um contrato muito parecido com documentos antigos, muito comuns quando o casamento era um assunto dos pais de família, e não uma escolha livre dos indivíduos. O fato de a maioria dos casamentos não ter nenhum documento desse tipo ilustra uma das características mais marcantes do contrato de casamento. Não há um documento intitulado "O Contrato de Casamento" para ser assinado. Em vez disso, o contrato não escrito do casamento é codificado numa lei que governa o casamento e a vida familiar" (PATEMAN, 2023, p. 254).

A declaração da constituição do casamento por meio da transformação do homem em "marido" e da mulher em "mulher" está presente no Código Civil (BRASIL, 2002):

> Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.

O segundo ato que cela o contrato de casamento é, após a cerimônia, o ato sexual, pois, como vimos, para o Direito, o casamento possui a finalidade primária de legitimar as relações sexuais, herança essa proveniente da Igreja e do Brasil Colônia, propriamente. Como foi demonstrado nos capítulos primeiro e segundo, o casamento foi instituído e incentivado para, essencialmente, controlar o desejo e os corpos indomáveis das mulheres. Até bem pouco tempo atrás, o casamento poderia ser anulado caso tivesse ficado comprovado que não houve relação sexual[140]. Kant, por exemplo, sustentava essa posição:

> O contrato de casamento somente é completado com a coabitação conjugal. Um contrato entre duas pessoas de sexos diferentes, contendo um acordo secreto entre ambos de abstenção de coabitação conjugal, ou contendo a consciência de uma das partes de incapacidade para tal, é um *contrato simulado*, não constitui um casamento (KANT, 1887, p. 113).

A história do contrato sexual explica por que um contrato escrito ou uma assinatura é insuficiente para concretizar um casamento (PATEMAN, 2023). A despeito de a jurisprudência estadual ter evoluído no assunto – movimento contrário na doutrina, como foi exposto no capítulo anterior - , o ato necessário, que sela o contrato de casamento ainda é o ato sexual. O matrimônio apenas se consuma depois de o marido ter exercido seu direito conjugal, isto é, depois de ter tido acesso sexual ao corpo da *sua mulher.*

A essência do casamento não pode ser alterada, ainda que de comum acordo das partes. Essa proibição demonstra o quão caro é o tema para o sistema jurídico brasileiro. Ainda que de maneira implícita, impera a obrigação masculina de sustentar a mulher, ou, minimamente, de ganhar mais que a mulher. Também está na essência do casamento a obrigação da mulher ser

[140] Assim já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:
"ANULAÇÃO DE CASAMENTO. ERRO ESSENCIAL QUANTO À PESSOA E NÃO-CONSUMAÇÃO DE RELAÇÃO SEXUAL. RECURSO NÃO -PROVIDO. Impõe-se a anulação do casamento quando se comprova o erro essencial quanto à pessoa, que torna insuportável a vida em comum, e a não-consumação de relação sexual."
(TJ-MG - AC: 10702030826136001 Uberlândia, Relator: Maria Elza, Data de Julgamento: 14/02/2008, Câmaras Cíveis Isoladas / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/03/2008).

dona de casa e servir o seu marido. Essa relação de proteção e obediência que é constituída pelo ato do casamento, não pode ser alterada legalmente. O marido também não pode contratar a sua esposa pelo seu trabalho de dona de casa. Os serviços domésticos prestados por ela fazem parte da base do casamento. São direitos e obrigações misóginos que estão presentes no meio social, mas que foram incorporados pelo Direito na formalização do contrato de casamento (PATEMAN, 2023).

A despeito de ser considerada uma união "livre" por muitos doutrinadores, a exemplo de Maria Helena Diniz (2023), a união estável também se constitui por meio de uma espécie de contrato, ainda que implícito.

Independentemente de formalização, para a caracterização da união estável é necessário que ambos os indivíduos envolvidos comunguem da mesma vontade, isto é, tenham as suas vontades alinhadas para a mesma finalidade: constituição de família. É, justamente, a união dessas vontades que forma a base do contrato de união estável.

A união estável poderá ser formalizada em cartório, quando, também, haja comum acordo das partes. Os membros da relação afetiva, ao reconhecerem, formalmente, que constituem uma relação estável, também celebram uma espécie de contrato *sui generis*. Assim como para o casamento, para a constituição da união estável, o Direito requer o preenchimento de certos requisitos, sendo eles, a convivência pública, contínua e duradoura do casal, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Para se constituir em união estável, o Direito requer ainda a possibilidade de conversão da relação em casamento.

Assim como no casamento, o Direito regulamenta a união estável, ainda que a relação não seja formalizada. De acordo com o art. 1.724 do Código Civil Brasileiro, as relações pessoais entre os companheiros deverão obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos[141].

A partir do estudo de legislação sobre o assunto e de uma breve pesquisa feita no âmbito dos cartórios espalhados por todo o Brasil, foi possível percebermos que, apesar de a união estável se formalizar por meio de um documento nomeado como *escritura pública* ou *termo declaratório de reconhecimento de união estável*, a estrutura e o conteúdo do documento são inteiramente equiparáveis a um contrato[142]. Os interessados a formalizar a união estável

[141] "Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos." (BRASIL, 2002).

[142] O Conselho Nacional de Justiça atualmente regulamenta a formalização da união estável, por meio do Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023, que *Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro*:

normalmente são chamados de partes ou *contratantes*. Todos os dados dos contratantes, os mesmos necessários para a formalização de um contrato comum, são solicitados[143].

Por meio deste documento, as partes, conjuntamente, declaram que convivem publicamente, de maneira contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família. Os contratantes também devem declarar que não incorrem nos impedimentos do art. 1.521 do Código Civil, bem como que são solteiros. Por meio deste ato, as partes também devem acordar que observarão e cumprirão os deveres previstos no Código Civil. O regime de bens também é definido na escritura.

A escritura não é feita, propriamente, pelas partes. Há um escrevente, tabelião, que colhe as informações e faz a intermediação do acordo entre as partes. Após a finalização do documento, o escrevente faz a leitura do *contrato* para as partes, que, concordando, assinam ao final, conjuntamente com as testemunhas, tal qual como acontece em um contrato comum de Direito Civil.

"Art. 537. É facultativo o registro da união estável prevista no art. 1.723 a 1.727 do Código Civil, mantida entre o homem e a mulher, ou entre duas pessoas do mesmo sexo.
(...)"
"Art. 538. O termo declaratório de reconhecimento e de dissolução da união estável consistirá em declaração, por escrito, de ambos os companheiros perante o ofício de registro civil das pessoas naturais de sua livre escolha, com a indicação de todas as cláusulas admitidas nos demais títulos, inclusive a escolha de regime de bens na forma do art. 1.725 da Lei n. 10.406, de 2002 (Código Civil), e de inexistência de lavratura de termo declaratório anterior.
(...)"

[143] Segundo o art. 215 do Código Civil de 2002:
"Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.
§ 1 º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:
I - data e local de sua realização;
II - reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;
III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;
IV - manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;
V - referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;
VI - declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;
VII - assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.
§ 2 º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.
§ 3 º A escritura será redigida na língua nacional.
§ 4 º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.
§ 5 º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade" (BRASIL, 2002).

Apresentada a natureza jurídica das duas relações monogâmicas, questiona-se: qual a importância de apresentar a natureza jurídica do casamento e da união estável? Qual a relação desse tema com a subjugação das mulheres pela monogamia?

A partir da exposição do tema, percebe-se que as relações monogâmicas são contratualizadas pelo Direito. Ainda que a união estável não esteja formalizada em escritura pública, a relação é tratada como um contrato.

Como veremos, é, essencialmente, por meio do contrato que o patriarcado fraternal moderno foi criado e é, atualmente, mantido pelo Direito, especialmente pelos Tribunais Superiores. A contratualização das relações monogâmicas tem, portanto, total relação com a presença do patriarcado fraternal moderno e, consequentemente, com a subjugação das mulheres. O contrato original, quem estruturou a sociedade civil, criou a *lei do direito sexual masculino de acesso ilimitado aos corpos de mulheres*. Inevitavelmente, os contratos reais da vida cotidiana moderna, tais como o de casamento e de união estável, ainda refletem o contrato original, reproduzindo este acesso masculino ilimitado misógino (PATEMAN, 2023)[144].

O Direito, ao contratualizar as relações monogâmicas, torna-se também o principal responsável pela proteção da dominação masculina e pela subjugação de mulheres. É essencialmente ele o principal agente que mantém e multiplica o patriarcado fraternal moderno, às custas da subjugação das mulheres. O contrato, longe de representar a liberdade das mulheres, é o instituto pelo qual o Direito, disfarçadamente, legitima não só a monogamia, mas próprio o contrato sexual e o acesso ilimitado dos homens aos corpos das mulheres[145].

O poder do contrato e a sua natureza patriarcal fraternal moderna serão os temas a serem abordados a partir do próximo tópico. A discussão será iniciada a partir da apresentação das

---

[144] Carole Pateman sustenta que foi o contrato social original quem criou o direito sexual masculino de acesso ilimitado aos corpos das mulheres. No entanto, os contratos reais da vida cotidiana também refletem o contrato original:
"O contrato original é um pacto sexual-social, mas a história do contrato sexual tem sido sufocada. As versões tradicionais da teoria do contrato social não examinam toda a história, e os teóricos contemporâneos do contrato não dão nenhuma indicação de que metade do acordo está faltando.
(...)
Outra maneira de se ler a história (como Rousseau a entendeu) é que o contrato social permite que indivíduos se submetam voluntariamente ao Estado e à legislação civil; a liberdade transforma-se em obediência e, em troca, recebe-se proteção. Nessa leitura, os contratos reais da vida cotidiana também refletem o contrato original, mas agora eles envolvem uma troca de obediência por proteção; eles criam o que chamarei de dominação e subordinação civis" (PATEMAN, 2023, p. 13-21).

[145] "A dominação dos homens sobre as mulheres e o direito masculino de acesso sexual regular a elas estão em questão na formulação do pacto original. O contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição. O contrato original cria ambas, a liberdade e a dominação. A liberdade do homem e a sujeição da mulher derivam do contrato original, e o sentido da liberdade civil não pode ser compreendido sem a metade perdida da história, que revela como o direito patriarcal dos homens sobre as mulheres é criado pelo contrato" (PATEMAN, 2023, p. 14).

bases da teoria contratual e liberal. Apenas com esse aporte teórico, ainda que mínimo, será possível adentrarmos na teoria do contrato sexual, proposta por Carole Pateman.

3.2 A teoria do contrato e a busca da liberdade e igualdade dos indivíduos: uma farsa?

Para examinarmos, de maneira crítica, a monogamia enquanto um contrato, é também necessário analisar as bases oficiais e *não oficiais* do contrato original, contrato este que, segundo Pateman (2023), fundou a sociedade civil e influencia, diretamente, os contratos reais da vida cotidiana – tais como os contratos monogâmicos -, os quais as mulheres estão submetidas[146]. Como veremos, a subjugação das mulheres pela monogamia, tem relação direta com os fundamentos do contrato original, que definitivamente formalizou as relações sexuais e o uso dos corpos de mulheres pelos homens em nossa sociedade.

De acordo com Pateman, "O início dos anos 1970 marca um significativo renascimento do interesse pela teoria do contrato, que, parece, não terminará tão cedo" (PATEMAN, 2023, p. 9). Novas formulações mais sofisticadas acerca do conceito de contrato social são constantemente criadas. No entanto, falta algo essencial à discussão do contrato em andamento. "O contrato sexual nunca é mencionado. Ele é uma dimensão suprimida da teoria do contrato, uma parte integrante da opção racional pelo conhecido acordo original" (PATEMAN, 2023, p. 9). Essa ideia será, logo mais, melhor abordada, após a exposição desta seção.

No século XVIII, com a contribuição dos filósofos e escritores da época, promoveu-se uma revolução cultural e intelectual na história do pensamento moderno. O "Século das Luzes", também chamado de Iluminismo, foi um movimento intelectual e filosófico que dominou a Europa no século XVIII. Esse movimento tinha como base a razão, em contraposição às ideias religiosas, autoritárias e monárquicas, pautadas no sangue e na divindade. Com base na razão, defendia o governo constitucional, pautado em leis, liberdade, igualdade, fraternidade e na separação entre o Estado e a Igreja.

A luz do conhecimento atraiu numerosos adeptos. Esses ideais precederam a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, que, em nome da "Liberdade, Igualdade e Fraternidade",

---

[146] "A nova ordem civil criada, através do contrato original, é uma ordem social patriarcal" (PATEMAN, 2023, p. 14).
"O contrato original (diz-se) criou uma nova forma de legislação, e a participação nos contratos reais da vida cotidiana constitui uma forma moderna de estabelecimento de relações localizadas de poder dentro dos campos da sexualidade, do casamento e do trabalho. A legislação e o estado civil, bem como a disciplina (patriarcal), não são duas formas de poder, mas dimensões da estrutura complexa e multifacetada de dominação do patriarcado moderno" (PATEMAN, 2023, p. 32).

desencadeou um processo de ruptura com o Antigo Regime (Rejane, VIEIRA; Betina, MENDES, 2009)[147].

Dentre os pensadores que estiveram à frente do movimento, destaca-se o filósofo inglês John Locke, os franceses Montesquieu e Voltaire, bem como o filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau[148].

Os filósofos contratualistas Hobbes, Rousseau e Locke tiveram como objetivo buscar explicar a formação do Estado de maneira racional, como produto de um pacto realizado entre os homens, em prol da igualdade, da liberdade e da fraternidade de todos. Rousseau, especialmente, buscou compreender de que maneira a sociedade se formou e apresentou uma resposta a partir do contraste entre a condição natural do homem, também chamada de estado de natureza, e a condição social, conhecida também como estado social, que instituiu um novo tipo de liberdade, antes não conhecida pelos indivíduos[149].

O conceito de estado de natureza, que aparece tanto em Thomas Hobbes (1979), quanto em Rousseau (1999), tem como objetivo explicar a situação pré-social que os indivíduos viviam, antes da formação do Estado. Nesse estágio, ainda não havia a formação da sociedade constituída por um Estado, com governantes e normas. No estado de natureza os indivíduos viviam de maneira isolada, sem contato com o outro.

Para Thomas Hobbes (1979), diferentemente do que pensava Rousseau, no estado de natureza, os indivíduos, embora vivessem de maneira isolada, estavam em constante luta. Neste

---

[147] "Primeiramente, caracteriza-se o espírito do Século XVIII, como 'Época das Luzes', que com a contribuição dos filósofos e escritores desse período, promoveu-se uma revolução cultural e intelectual na história do pensamento moderno. É o movimento do Iluminismo que veio preparar o clima revolucionário da época. Esse movimento visava fundamentalmente estimular a luta da razão contra a autoridade como um conflito da luz contra as trevas. Pode-se destacar os pensadores que mais influenciaram nesse período, o inglês Locke e os franceses Montesquieu, Voltaire e principalmente Jean-Jacques Rousseau. Em toda a Europa os pensadores racionalistas afirmavam ter chegado ao 'Século das Luzes'. A luz do conhecimento parecia atrair numerosos adeptos. Abre-se caminho para a Revolução Francesa (1789) que em nome da "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", desencadeou o processo de ruptura com o passado" (VIEIRA; MENDES, 2009, p. 2).

[148] Sobre Jean-Jacques Rousseau, ponderaram Rejane Vieira e Betina Mendes:

"Rousseau fazia parte daqueles que preconizavam a difusão do saber como meio eficiente para colocar fim à superstição, à ignorância, ao império da opinião e do preconceito. Deixou-nos exemplares trabalhos em vários domínios, à música, à política, passando pela produção de peças de teatro e pelo belíssimo romance que é 'A Nova Heloísa' (1761). Jean Jacques Rousseau nasceu em Genebra, na Suíça, em 28 de junho de 1712, e faleceu em Ermenonville, nordeste de Paris, na França, em 2 de julho de 1778. Foi filho de Isaac Rousseau, relojeiro de profissão e Suzane Bernard" (VIEIRA; MENDES, 2009, p. 2).

[149] Embora Rousseau seja um filósofo que influenciou o movimento iluminista, para ele, o progresso racional causaria danos, ante a perda da naturalidade humana: "Para Rousseau, o progresso racional causa danos, pois há uma perda da naturalidade humana. Com a reflexão sobre a origem do homem, o pensador retoma sobre a essência deste, revalorizando a amizade e retomando a natureza inicial do homem" (NUNES;LANDIM, 2018, p. 53).

período, vigorava a guerra de todos contra todos, a lei do mais forte, o "homem lobo do homem". Reinava a força, o medo e a morte violenta (Marilena CHAUI, 2000)[150].

A construção da teoria do contrato social de Rousseau também partiu da explicação do estado de natureza (ROUSSEAU, 2015). Para Rousseau, o homem tem, naturalmente, em sua essência, a característica da liberdade, isto é, o homem é livre por sua natureza. No estado de natureza Rousseauniano, os indivíduos viviam isolados, pelas florestas, sobrevivendo daquilo que a natureza poderia lhes dar[151]. Nesse período, Rousseau argumentava que existia um estado de felicidade original, sem a maldade e interesses. Os seres humanos viviam de maneira selvagem, livres e autônomos, pois não deviam qualquer obrigação a um corpo social (CHAUI, 2000).

No estado de natureza não havia consciência de coletividade. A vivência em um corpo social só veio ocorrer após o pacto social. Não havia também qualquer espécie de relação moral ou de deveres comuns. Os homens não poderiam também ser considerados bons ou maus. Esses atributos estarão sob o julgamento da sociedade a ser fundada pelo pacto social:

> Parece, a princípio, que os homens nesse estado de natureza, não havendo entre si qualquer espécie de relação moral ou de deveres comuns, não poderiam ser nem bons nem maus ou possuir vícios e virtudes, a menos que, tomando estas palavras num sentido físico, se considerem como vícios do indivíduo as qualidades capazes de prejudicar sua própria conservação, e virtudes aquelas capazes de em seu favor contribuir, caso em que se poderia chamar de mais virtuosos àqueles que menos resistissem aos impulsos simples da natureza (ROUSSEAU, 1988, p. 55).

O animal faz suas escolhas por puro instinto, característica esta que o diferencia do homem que, por ser livre em essência, escolhe ou rejeita algo por ato de liberdade. Para Rousseau, o homem é livre no estado de natureza, mas não tem, necessariamente, consciência

---

[150] Em Thomas Hobbes, o estado de natureza é um estado de guerra, um estado de "guerra de todos contra todos" , "(...) e o que é pior de tudo, um constante temor, e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta" (HOBBES, 1979, pág. 76).
O conceito de estado de natureza em Thomas Hobbes se difere também do pensamento de John Locke. Sobre Locke, comenta Roberta Souza:
"Seguindo a tradição jusnaturalista, John Locke parte da hipótese de uma convivência natural dos homens em um dado estado de natureza no qual todos gozam de liberdade e igualdade. Em visão opositora a de Thomas Hobbes, Locke não acredita que o estado de natureza é sinônimo de estado de guerra, vivendo os indivíduos aí em permanente intenção de destruir o outro, tão pouco pensa como Rousseau que acredita ser a propriedade a origem das desavenças das harmoniosas relações naturais" (Roberta SOUZA, 2012, p.120).

[151] O ser humano, em seu estado natural, assim como qualquer outro animal, possui sentidos e apropria-se deles para aproveitar os frutos dados pela natureza. A natureza mandava nos animais e fazia com que eles lhe obedecessem. Ocorre que, diferentemente dos outros animais, o homem possuía a capacidade de ser um agente livre, vez que a liberdade está em sua essência:
"Vejo em todo animal somente uma máquina engenhosa, a quem a natureza deu sentidos para funcionar sozinha e para garantir-se, até certo ponto, contra tudo quanto tende a destruí-la ou a desarranjá-la. Percebo precisamente as mesmas coisas na máquina humana, com a diferença de que a natureza faz tudo sozinha nas operações animais, ao passo que o homem concorre para as suas na qualidade de agente livre" (ROUSSEAU, 1999, p. 172).

desta liberdade[152]. A consciência só surge quando o homem passa para o estado social, que reconfigura a sua condição humana (Lorenna MARQUES, 2017).

Diferentemente do que pensava Hobbes, Rousseau entendia que o homem nascia naturalmente bom. Todavia, a convivência em sociedade com os demais indivíduos o corrompeu. Essa premissa explica a famosa frase de Rousseau lançada em *Do Contrato Social*: "O homem nasceu livre, porém, por toda parte, encontra-se sob os grilhões" (ROUSSEAU, 2015, p. 135).

O estado de felicidade e liberdade natural, pertencentes ao estado de natureza, terminam quando surge a propriedade privada, quando um indivíduo demarca um pedaço de terra e alega ser aquele espaço inteiramente seu. Antes desta demarcação, não havia propriedade privada, tudo era de todos, pois os homens poderiam usufruir da terra de maneira coletiva, apenas para cultivar o necessário à subsistência. É a partir deste momento que cessa o estado de paz e se instaura, segundo Rousseau, o estado de guerra, da lei do mais forte, da luta entre os fracos e fortes. O estado de natureza se finaliza com a entrada da civilização, da divisão do trabalho, da propriedade privada e da desigualdade social (CHAUI, 2000)[153]. Para Rousseau, o verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro indivíduo que se apropriou de um pedaço de terra:

> O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não pouparia ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: "defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém" (ROUSSEAU, 1988, p. 63).

O contrato social, que sela o pacto entre os indivíduos em busca da igualdade e liberdade, marca a passagem do estado de natureza para o estado social, também chamado de estado moderno por Pateman (2023). No estado de natureza, com a chegada da propriedade privada, os obstáculos foram surgindo, impedindo a conservação dos homens. Diante da guerra,

---

[152] Em Rousseau, a liberdade natural pode ser caracteriza como um impulso físico que leva em conta apenas as vontades do próprio indivíduo. Não há limitação de seus direitos por meio de regras ou leis. A liberdade natural limita-se apenas pelas forças do próprio indivíduo (MARQUES, 2017).

[153] Sobre o assunto, comentam Rejane Vieira e Betina Mendes:

"No tocante ao estado de natureza, Rousseau explica que não há propriedade, tudo é de todos, podendo um homem usufruir uma terra apenas para plantar o necessário para subsistência. Refere-se a uma época primitiva em que o homem vivia feliz. Foi a sociedade que o tornou escravo e mau. A época do estado de natureza terminou devido o progresso da civilização, a divisão do trabalho, a propriedade privada, criando diferenças irremediáveis entre os ricos e pobres, poderosos e fracos. Portanto, para manter a ordem e evitar maiores desigualdades, os homens criaram a sociedade política, a autoridade e o Estado mediante um contrato. Esse contrato cede ao Estado parte de seus direitos naturais, nos quais podem ser exemplificados como: o direito à vida, à expressão do pensamento, à locomoção etc., que são direitos essenciais, criando uma organização política com vontade própria, que é à vontade geral14" (VIEIRA; MENDES, 2009, p. 4-5).

este estágio não pôde mais subsistir. Foi necessária então a construção de mecanismos que conservassem a essência humana, a liberdade humana.

> Imagino os homens chegando a esse ponto no qual os obstáculos que impediam sua conservação no estado de natureza prevalecem, pela própria resistência, sobre as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, o estado primitivo não pode mais subsistir, e o gênero humano pereceria se não modificasse sua essência de ser (ROUSSEAU, 2015, p. 262).

Diante do estado de caos, no estágio primitivo, não restou outra saída, segundo Rousseau, senão em os indivíduos se unirem, "ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e dirigir as que existem, não têm outro meio para se conservar senão formar, por agregação, uma soma de forças que possa prevalecer sobre a resistência" (ROUSSEAU, 2015, p. 262).

Unidos, os indivíduos, por meio do contrato social, que sela um pacto entre eles, renunciam à liberdade natural, pertencente à natureza humana, e concordam em transferi-la a um terceiro, ao soberano. O soberano, uma espécie de governante, apodera-se do poder, que lhe foi dado pelos indivíduos no pacto social, para organizar a sociedade. O contrato original funda não só a soberania, mas a sociedade e o estado civil[154].

Os direitos naturais dos indivíduos, pertencentes ao estado primitivo e transferidos ao soberano, transformam-se, no estado social, em direito civil. Para Rousseau (2015), por meio desta transferência, há a garantia da liberdade, da vida e da propriedade privada dos governados.

A vitória da teoria do contrato também assinalou o fim de uma ordem baseada no parentesco e no governo do pai. O modelo paternalista, especialmente, foi destruído pela teoria do contrato social. Na história do contrato social, metaforicamente, o pai é assassinado pelos seus filhos, que transformam o direito patriarcal – o poder do pai – em governo civil. O poder do pai é transferido, pelos filhos, aos representantes, ao Estado (PATEMAN, 2023)[155]. A sociedade civil passa a ser estruturada a partir dos vínculos convencionados e universais do

---

[154] Na obra *O Contrato Sexual, Pateman se refere ao estado civil, pós estado de natureza, como estado moderno. Para ela, o contrato original fundou uma nova sociedade civil, um novo estado moderno.*

[155] De acordo com Pateman, a versão contratual-liberal conta que a nova sociedade civil foi criada pelo contrato original, após a derrocada do regime paterno:

"Nessa versão da história, a sociedade civil é criada pelo contrato original após a destruição do regime paterno – ou patriarcado. A nova ordem civil parece ser, portanto, anti ou pós-patriarcal. A sociedade civil é criada pelo contrato, de modo que contrato e patriarcado parecem ser irrevogavelmente contrários" (PATEMAN, 2023, p. 14).

"A história do contrato original, inclusive as versões encontradas nos escritos de Freud, confirma que o 'parentesco' se tornou arcaico há muito tempo. A vitória da teoria do contrato sobre o patriarcalismo clássico assinalou o fim de uma ordem social estruturada no parentesco e no governo do pai. A sociedade moderna é estruturada pelos vínculos convencionados e universais do contrato, e não pelos vínculos particulares e imputados do parentesco. No mundo moderno, o "parentesco" foi transformado na "família", a qual tem seu princípio de associação e sua localização próprios na esfera privada, separada da sociedade 'civil' pública." (PATEMAN, 2023, p. 51).

contrato. O parentesco ou o poder do pai passam a residir apenas na "família", estacionada na esfera privada, separada da sociedade civil pública, regida pelo contrato social.

O filósofo contratualista John Locke é quem enfrenta essa questão, ao apresentar a teoria paternalista de Sir Robert Filmer[156] na obra *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil.* Apesar de entender que todos os homens são livres e iguais, fundamento básico dos teóricos contratualistas, Locke admite que a idade e o nascimento fazem a diferença na vida de cada indivíduo. A igualdade acaba sendo relativizada, por exemplo, pela existência dos talentos que cada um carrega consigo[157].

Nessa discussão, apesar de se contrapor, a todo momento, à teoria de Sir Robert Filmer, Locke admite que as crianças também não nascem num estado de plena igualdade com os demais homens da sociedade, embora adquiram-na em determinado momento de suas vidas. Diferentemente dos indivíduos maduros, dotados de razão, as crianças ficam custodiadas e limitadas sob a jurisdição do pai, quem exerce pleno poder sobre seus corpos a partir do momento em que elas nascem até um certo período depois. Diferentemente do que pensava Sir Robert Filmer, Locke acreditava que esse poder era temporário (Camyla AZEVEDO, 2020). O limite para a incidência do poder do pai era a maturidade e o ganho da razão. À medida em que as crianças crescem e transpassam a menor idade, ganham maturidade e razão e, consequentemente, libertam-se dos pais: "os laços dessa sujeição são como as fraldas que eles vestem e protegem a fragilidade de sua infância" (LOCKE, 2019, p. 133)[158].

Para Locke, o que concede a liberdade a um indivíduo é a lei. "Ela não é tanto a limitação, mas a direção de um agente livre e inteligente em seu próprio interesse, e só delimita e restringe visando o bem comum daqueles que a ela se submetem" (AZEVEDO, 2020, p. 44). O objetivo principal da lei não é, em Locke, propriamente limitar ou proibir, mas

[156] Na teoria paternalista de Robert Filmer "Os filhos nasciam (naturalmente) submetidos a seus pais; bebês não eram capazes de concordar com a autoridade de seus pais e não poderiam participar, com autonomia, de pactos sociais. Um filho estava submetido ao poder político paterno no nascimento e, por intermédio de seu pai, também estava submetido ao poder do monarca. Falar de contratos sociais era absurdo, e politicamente um absurdo perigoso" (PATEMAN, 2023, p. 131).

[157] "Embora eu tenha dito anteriormente (Capítulo II) que, por natureza, todos os homens são iguais, não se pode supor que eu me referisse a todos os tipos de igualdade. A idade ou a virtude podem dar aos homens uma precedência justa. A excelência dos talentos e dos méritos pode colocar alguns acima do nível comum. O nascimento pode sujeitar alguns, e a aliança ou os benefícios podem sujeitar outros, reconhecendo-se aqueles a quem a natureza, a gratidão ou outros aspectos possam obrigar" (LOCKE, 2019, p. 132-133)

[158] "Admito que as crianças não nascem neste estado de plena igualdade, embora tenham nascido para isso. Seus pais têm uma espécie de governo e jurisdição sobre eles quando eles vêm ao mundo e durante algum tempo depois, mas é apenas temporário. Os laços desta sujeição são como as fraldas que eles vestem e o protegem a fragilidade de sua infância. A idade e a razão, à medida que elas crescem, pouco a pouco as liberta delas, até o dia em que caem completamente e deixam o homem absolutamente livre." (LOCKE, 2019, p. 137).

essencialmente ampliar e conservar a liberdade[159]. Assim, apenas quando se ganha a maturidade e a razão, os indivíduos estão aptos a conhecerem e se adequarem às normas que regem a sociedade e, somente dessa maneira, tornam-se efetivamente livres e iguais a todos os outros homens[160]. Apenas a razão e a maturidade fazem o indivíduo conhecer a lei e, por isso, ele não pode ser considerado livre antes de sua chegada[161]. O poder do pai, com a implementação do contrato social, cessa na chegada da maioridade dos filhos.

> A autoridade que o pai exerce sobre seus filhos é apenas temporária e não atinge sua vida ou sua propriedade. Entretanto, deixa claro que o pai possui o império do poder sobre os filhos, que cessa com a maioridade, não podendo mais dispor de suas liberdades. A jurisdição que o pai exerce, portanto, cessa, pois, o homem pode se subtrair a ela com licença da autoridade divina, ao deixar o lar de seus pais para se ligar a sua mulher (AZEVEDO, 2020, p. 46).

As ideias políticas liberais, encabeçadas por Locke e Rousseau, possuem como pano de fundo a luta contra as monarquias absolutas, fundamentadas pelo direito divino dos reis. Esses ideais se consolidam na Revolução Francesa, ocorrida em 1789.

O contrato social surge como uma forma de desacorrentar o indivíduo, que nasceu livre, mas foi acorrentada pela chegada da sociedade e da propriedade privada. É o contrato social quem vai, segundo Rousseau, desacorrentar o homem, efetivando a sua liberdade e igualdade. O Estado se estrutura a partir da liberdade do homem, isto é, a liberdade é pressuposto do contrato original na teoria Rousseauniana. A renúncia da liberdade, seja no estágio de natureza ou no estágio social, vincula-se à própria retirada da essência humana e, por isso, Rousseau é contra a escravidão (NUNES; LANDIM, 2018).

---

[159] "A lei acaba concedendo a liberdade, para cada um, de dispor, ordenar e seguir sua vida como bem entender, desde que esteja dentro dos limites permitidos pela lei em que se esteja submetido. Por meio da lei, ninguém se submete à vontade arbitrária de qualquer pessoa, mas a sua própria vontade, dentro de seus limites" (AZEVEDO, 2020, p. 44).

[160] É tão verdade que o poder do pai é temporário que, segundo Locke "As próprias sociedades políticas se apercebem e reconhecem que há um momento em que os homens estão prontos para começar a agir como homens livres e, por isso, até chegar este momento, elas não exigem nenhum juramento de fidelidade ou de obediência, ou nenhum outro ato público de homenagem ou de submissão ao governo de seu país (LOCKE, 2019, p. 138).

[161] Para Locke, Adão foi o primeiro homem a exercer o direito paterno sob seus filhos:

"Adão foi criado como um homem perfeito, seu corpo e sua mente em completa posse de sua força e de sua razão, e assim foi capaz, desde o primeiro instante, de promover seu próprio sustento e preservação, e governar suas ações de acordo com os ditames da lei da razão nele implantada por Deus. A partir dele o mundo foi povoado com seus descendentes, que nasceram todos bebês, frágeis e desamparados, sem conhecimento ou compreensão. Mas para supor os defeitos deste estado imperfeito até o momento em que o progresso do crescimento e a idade o tivessem removido, Adão e Eva, depois deles todos os pais, estavam sujeitos pela lei da natureza a uma obrigação de preservar, alimentar e educar as crianças que tivessem gerado; (...)

Uma mesma lei deveria reger Adão e toda sua posteridade, a lei da razão. Mas como sua descendência veio ao mundo de uma maneira diferente da dele, por um nascimento natural que a produziu ignorante e desprovida do uso da razão, ela não se encontrou imediatamente sob essa lei." (LOCKE, 2019, p. 133).

O contrato social, que sela o pacto entre os indivíduos, transforma a liberdade natural em liberdade civil. Os irmãos que participam do contrato original se transformam em indivíduos civis, cujas relações fraternais estabelecem-se entre iguais (PATEMAN, 2023). A liberdade civil, por sua vez, está limitada por normas, pelos deveres, pela razão e pela vontade geral. Para Rousseau, a liberdade civil, moral, é quem, verdadeiramente, torna o indivíduo "senhor de si; pois o impulso do mero apetite é a escravidão, e a obediência à lei que prescreve é liberdade" (ROUSSEAU, 2015, p. 324).

O real objetivo de Rousseau com a implementação do contrato social não é apenas legitimar o pacto social entre os indivíduos, a sociedade civil e o Estado, mas principalmente efetivar a liberdade[162]. Somente o pacto social torna os indivíduos verdadeiramente livres (MARQUES, 2017). Sobre o tema, comenta Carole Pateman:

> A teoria do contrato social, convencionalmente, é apresentada como uma história sobre a liberdade. Uma interpretação do contrato original é a de que os homens no estado natural trocaram as inseguranças dessa liberdade pela liberdade civil e equitativa, salvaguardada pelo Estado. A liberdade é universal na sociedade civil; todos os adultos desfrutam da mesma condição civil e podem exercer sua liberdade como se essa estivesse reproduzindo o contrato original quando participam, por exemplo, do contrato de trabalho ou do contrato de casamento (PATEMAN, 2023, p. 14).

A partir de um olhar crítico, precisamente da teoria feminista, é possível percebermos que metade do acordo está sendo omitido pela teoria contratual. Apenas metade da história está sendo contada (PATEMAN, 2023). As versões tradicionais da teoria do contrato não examinam toda a história e os teóricos contratualistas contemporâneos também não dão nenhuma pista de que metade do acordo está faltando. Não é à toa que, todas as vezes que a liberdade e a igualdade foram mencionadas nesta seção, elas estiveram relacionadas ao gênero masculino, ao *indivíduo,* ao homem.

Certamente, o contrato original cria a liberdade, mas liberdade para os homens, irmãos ligados pelo laço fraternal criado pelo contrato social. Cria também a sujeição das mulheres, parte do acordo que não é declarado pelos teóricos contratualistas. O contrato social funda, segundo Carole Pateman (2023), a sociedade civil e o patriarcado fraternal moderno, às custas

[162] Para Locke, o governo civil também é o remédio adequado para os inúmeros e graves inconvenientes do estado de natureza, onde os homens são juízes de causas próprias:
"Concederei, com toda a facilidade, que o governo civil é o remédio adequado para os inúmeros e graves inconvenientes do estado de natureza, onde os homens são juízes em causa própria. Facilmente se compreenderá que aquele que foi tão injusto ao ponto de ofender o seu irmão, dificilmente será capaz de fazer justiça e de se castigar a si próprio" (LOCKE, 2007 ,p. 43)

do aprisionamento e da subjugação das mulheres[163]. Base do contrato original, o patriarcado fraternal moderno continua sendo, como veremos, o esteio do *moderno* sistema jurídico brasileiro.

3.3 O contrato sexual como a face oculta do contrato original

O sistema jurídico brasileiro é baseado na premissa constitucional de que todos somos livres e iguais, não devendo existir hierarquia entre as classes sociais, religiões, gêneros e raças. Num plano ideal, para que os indivíduos disponham de suas liberdades e igualdades, é necessário que eles formalizem um contrato. O contrato é necessário para a regularização de qualquer tipo de sujeição civil ou disposição do corpo. Todas as trocas e relações sociais hoje tendem a ser contratuais, ainda que implicitamente. Em tese, a formalização dessas relações sociais assegura a previsibilidade, a igualdade e a liberdade dos indivíduos. O acordo entre as partes legitima a sujeição civil.

Segundo Carole Pateman (2023), essa ideia, que aparentemente faz parte do senso comum, em vez de ser revolucionária, demonstra como os teóricos do contrato foram bem-sucedidos em seus argumentos. A própria contratualização das relações monogâmicas é também um exemplo de como a teoria contratual clássica teve êxito em seus argumentos. Foi graças à teoria do contrato que esse pensamento, que um dia foi revolucionário, se transformou em senso comum.

A contratualização das relações sociais constitui a formação não só da sociedade civil, mas também do próprio Direito. Justamente por isso se torna importante a análise das bases oficiais e não oficiais do contrato original, contrato este que criou a sociedade civil e a nova forma de participação nos contratos corriqueiros da vida cotidiana, dos quais as mulheres fazem parte. A formação do contrato original, certamente, influencia as bases da sociedade civil moderna e do Direito até os dias de hoje e, por isso, a sua importância para esta pesquisa (PATEMAN, 2023).

O contrato original criou a sociedade civil moderna, pautada não mais no direito paterno, mas em leis, na igualdade e na liberdade dos indivíduos. Por meio do contrato original os indivíduos deixam o estado de natureza e passam a viver na sociedade de maneira fraterna, em

[163] "O contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição. O contrato original cria ambas, a liberdade e a dominação. A liberdade do homem e a sujeição da mulher derivam do contrato original, e o sentido da liberdade civil não pode ser compreendido sem a metade perdida da história, que revela como o direito patriarcal dos homens sobre as mulheres é criado pelo contrato." (PATEMAN, 2023, p. 14).

busca da paz e do bom convívio social. Esse é, essencialmente, o discurso oficial que é repassado pela teoria contratual clássica.

Ocorre que apenas metade da história está sendo contada pelos teóricos liberais. A base do contrato original é também formada por um elemento valioso, necessário para a própria sobrevivência do contrato e da sociedade civil, nos moldes em que ela foi criada. O contrato sexual constitui-se, verdadeiramente, na face oculta valiosa do contrato original, escondida propositalmente como uma joia pela teoria contratual clássica (PATEMAN, 2023)[164].

Ao lado da liberdade, da igualdade e da fraternidade, elementos essenciais na constituição do contrato original, está o contrato sexual. O contrato sexual faz parte da constituição do contrato original, e, conjuntamente com ele, fundou a sociedade civil. Esta nova realidade civil foi criada por um contrato que assegura a liberdade, a igualdade e a fraternidade dos *indivíduos,* às custas da subordinação das mulheres. A subjugação das mulheres passa a ser necessária para o próprio funcionamento do contrato original e, por conseguinte, da sociedade civil[165].

De fato, o contrato original instituiu uma nova sociedade civil para os indivíduos. No entanto, como já adiantado, a teoria contratual clássica não incluiu, na categoria de *indivíduos*, as mulheres. As mulheres não foram originalmente consideradas dentro da categoria de *sujeitos de direito*, isto é, não foram inseridas no acordo original. A liberdade dos homens e a subjugação das mulheres, mediante o seu controle, entra, segundo Carole Pateman (2023), em questão na própria formulação do contrato original, que fundou a sociedade civil. Por não serem *sujeitos de direito*, as mulheres também foram, segundo Heleieth Saffioti, deixadas à margem da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão:

> Tem razão Pateman, pois o *status* de indivíduo constitui precondição para a constituição do sujeito em cidadão. A Revolução Francesa foi um marco importante desta transição, cabendo lembrar que as mulheres foram deixadas à margem da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. O contrato sexual é consubstancial à sociedade civil, estruturando também o espaço do trabalho (Heleieth SAFFIOTI, 2015, p. 137).

---

[164] "O contrato original é um pacto sexual-social, mas a história do contrato sexual tem sido sufocada. As versões tradicionais da teoria do contrato social não examinam toda a história, e os teóricos contemporâneos do contrato não dão nenhuma indicação de que metade do acordo está faltando" (PATEMAN, 2023, p. 13).

[165] O débito conjugal, presente em nossa doutrina brasileira, possui suas bases no contrato sexual. Sobre o assunto, comentam Noli Bernardo Hahn e Tassiara da Silva Senna: "Sob esse ponto de vista, percebe-se que há uma parte da história que não é contada, a parte que trata a respeito do contrato sexual, que prevê a submissão das mulheres em relação aos homens. Isso, em todos os âmbitos familiares, inclusive, na questão sexual, pois as mulheres possuem o dever conjugal de satisfazer as vontades sexuais do marido, em troca de proteção e do sustento. Assim, pode-se aduzir que o contrato dá amplos poderes aos homens sobre os corpos das mulheres, podendo regular suas vidas e ter acesso sobre elas como se até mesmo fossem objetos e não seres humanos" (HAHN; Tassiara SENNA, 2020, p. 265).

Levando em consideração esse pressuposto, questiona-se: qual o fundamento de exclusão das mulheres do contrato original pela teoria liberal? Aqui há uma íntima relação com a exclusão das mulheres feita principalmente pela Igreja antes e depois da colonização, apresentada no primeiro capítulo desta pesquisa.

No ensaio *Escritos sobre a Política e as Artes*, Rousseau faz a reflexão de que nunca uma pessoa pereceu por excesso de vinho. A embriaguez é, para ele, a única fraqueza dos homens, que no geral, são honrados e decentes. No entanto, a embriaguez não representaria, em sua opinião, um perigo ao sistema governamental[166].

As mulheres, em contrapartida, vencem todos os vícios e podem ocasionar a ruína do Estado, se constituindo no pior mal. Para Rousseau, as mulheres se constituem em uma força subversiva de caráter permanente dentro do ordenamento político. "As mulheres são incapazes de sublimar a paixão e são uma fonte de perpétua desordem" (PATEMAN, 2023, p. 149).[167] Elas, em verdade, causam a desordem da sociedade, do Estado e dos homens e, por isso, elas precisam ser doutrinadas e afastadas, ao máximo, do Estado e têm que "ser submetidas ou a um homem, ou a decisões masculinas, e elas nunca podem se colocar acima dessas decisões" (ROUSSEAU, 1979, p. 364)[168].

A subversividade das mulheres, entendimento este que fundou a instituição da própria monogamia, tal como conhecemos hoje, apresenta-se como um pensamento tradicional na história, que se faz presente no pensamento mitológico, religioso, social e, agora, contratual.

É justamente por causa desse caráter subversivo e destruidor que as mulheres não foram incluídas no contrato original, isto é, elas não participam do contrato original através do qual os homens transformam sua liberdade natural na segurança de sua liberdade civil. Pelo contrário, o contrato foi utilizado para controlar as mulheres e afastá-las dos direitos

---

[166] Sobre o assunto, comenta Carole Pateman: "Rousseau afirma que a embriaguez é muitas vezes a única fraqueza dos homens que, como em tudo o mais, são honestos e decentes; Só os imorais temem a indiscrição que o vinho lhes causará. A embriaguez não é o pior dos vícios, pois torna os homens estúpidos, em vez de maus; Além disso, o vinho afasta o homem de outros vícios; Portanto, não representa um perigo para o sistema governamental. Pelo contrário, a "desordem das mulheres" gera todos os vícios e pode causar a ruína do Estado." (tradução nossa) (PATEMAN, 2018, p. 33).

[167] Foi por conta da subversividade das mulheres que Rousseau, em *Emílio*, aconselha seu pupilo a passar quase dois anos viajando e se instruindo sobre política antes de se casar. O corpo das mulheres é tão resistente e subversivo à vida política que Rousseau faz Emílio instruir-se sobre a cidadania antes de ser autorizado a conhecer os prazeres de ser um marido (PATEMAN, 2023).

[168] "Nunca uma pessoa pereceu por excesso de vinho; todas as pessoas perecem em virtude da desordem das mulheres" (tradução nossa) (ROUSSEAU, 1968, p. 109).

pertencentes aos demais *indivíduos*. As mulheres, na verdade, são o objeto do contrato original (PATEMAN, 2023)[169].

O contrato original cria a liberdade, para os *indivíduos* – homens - , e a sujeição, para as mulheres. "A liberdade do homem e a sujeição da mulher derivam do contrato original, e o sentido da liberdade civil não pode ser compreendido sem a metade perdida da história, que revela como o direito patriarcal dos homens sobre as mulheres é criado pelo contrato" (PATEMAN, 2023, p. 14). De fato, o contrato social é uma história de liberdade dos *indivíduos*. O contrato sexual, por sua vez, é uma história de sujeição.

A passagem do estado natural para o estado social, com a chegada do contrato original, fez com que os *indivíduos* trocassem suas liberdades naturais, pertencentes à essência humana, pela liberdade civil. Ao mesmo tempo, o contrato original transformou a liberdade natural dos homens sobre os corpos de mulheres na segurança do direito patriarcal civil. Segundo Pateman, no estado natural, por conta de suas diferenças sexuais, as mulheres já não nasciam livres e a suposta liberdade também não seria conquistada no estado social (PATEMAN, 2023). A diferença sexual causou a bifurcação entre liberdade e sujeição civil [170].

O contrato original formalizou o acesso dos homens aos corpos de mulheres por meio da instituição do patriarcado civil. A própria liberdade civil dos homens, nos moldes como a teoria liberal a instituiu, depende da submissão das mulheres e, por isso, o contrato sexual nunca é mencionado. Falar do contrato sexual é, propriamente, colocar em jogo a própria legitimidade da liberdade civil criada pela teoria liberal.

---

[169] "As mulheres não participam do contrato original através do qual os homens transformam sua liberdade natural na segurança da liberdade civil. As mulheres são o objeto do contrato. O contrato sexual é o meio pelo qual os homens transformam sua liberdade natural na segurança da liberdade civil. As mulheres são o objeto do contrato" (PATEMAN, 2023, p. 19).
A partir da teoria do contrato sexual, também comentou Heleieth Saffioti:
"Raciocinando na mesma direção de Johnson (1997), Pateman mostra o caráter masculino do contrato original, ou seja, é um contrato entre homens, cujo objeto são as mulheres. A diferença sexual é convertida em diferença política, passando a exprimir ou em liberdade ou em sujeição. Sendo o *patriarcado* uma forma de expressão do poder político, esta abordagem vai ao encontro da máxima legada pelo feminismo radical: "*o pessoal é político"*. (SAFFITOI, 2015, p. 57-58).

[170] "Mas as mulheres não nascem livres, elas não têm liberdade natural. As descrições clássicas do estado natural também contêm um tipo de sujeição – entre homens e mulheres. Com exceção de Hobbes, os teóricos clássicos argumentam que as mulheres naturalmente não têm os atributos e as capacidades dos 'indivíduos'. A diferença sexual é uma diferença política; a diferença sexual é a diferença entre a liberdade e sujeição civil" (PATEMAN, 2023, p. 19).
Sobre o tema, também comenta Pierre Bourdieu:
"A divisão entre os sexos parece estar 'na ordem das coisas', como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de ser inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes as todas 'sexuadas'), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação" (BOURDIEU, 2023, p. 22),

Dessa maneira, percebe-se, como menciona Pateman (2023), que o contrato original é, na verdade, um contrato social-sexual. É social no sentido de assegurar a igualdade, a fraternidade e a liberdade aos *indivíduos*, que passam a exercer seus direitos com base nas leis impostas pelo Estado. No entanto, é sexual no sentido de ser também patriarcal, vez que é o contrato original quem cria o direito político dos homens sobre as mulheres. Ele cria o que Adrienne Rich (2019) chama, na obra *Heterossexualidade Compulsória e Existência Lésbica e outros Ensaios,* de *lei do acesso ilimitado de homens sobre os corpos de mulheres* [171].

O contrato sexual, apresenta-se, portanto, como um fundamento de constituição do próprio contrato original e, consequentemente, da sociedade civil. É, precisamente, por meio deste contrato, que a *lei do acesso ilimitado de homens sobre os corpos de mulheres* foi criada. É também por meio deste contrato sexual-social que os homens conseguem exercer suas liberdades civis de forma plena, às custas da subjugação e exploração dos corpos das mulheres.

O contrato sexual-social foi firmado apenas uma vez, quando da formação do contrato original. No entanto, argumenta-se que, todos os dias, quando um contrato heterossexual monogâmico é firmado, ainda que informalmente – nos casos da união estável não formalizada -, o contrato sexual é reafirmado e reproduzido, sob novos moldes. Nenhuma relação monogâmica heterossexual está imune ao contrato sexual, por mais igualitária que seja (PATEMAN, 2018). O contrato original criou uma forma de participação nos contratos corriqueiros da vida cotidiana[172]. Inevitavelmente ele ainda influencia os contratos monogâmicos heterossexuais, injetando, em suas bases, o fundamento do contrato sexual, da superioridade masculina e da subjugação da mulher. Esse pressuposto poderá ser claramente visto, como veremos, nos julgados dos Tribunais Superiores. As relações heterossexuais monogâmicas estão contaminadas pelo contrato sexual e o Direito, sistema que não está imune às relações de poder, reproduz, claramente, a lógica de subjugação sexual. É, essencialmente, através deste poder que o Direito inferioriza e subjuga as mulheres em nossa sociedade por meio de seus julgados.

Embora as mulheres tenham sido relegadas, por séculos, ao espaço da casa e da família, o contrato original não instituiu o contrato sexual apenas na esfera privada. O contrato original

---

[171] "O pacto original é tanto um contrato sexual quanto social: é sexual no sentido de patriarcal – isto é, o contrato cria o direito político dos homens sobre as mulheres -, e também sexual no sentido do estabelecimento de um acesso sistemático dos homens aos corpos de mulheres. O contrato original cria o que chamarei, segundo Adrienne Rich, de 'lei do direito sexual masculino'. O contrato está longe de se contrapor ao patriarcado; ele é o meio pelo qual se constitui o patriarcado moderno" (PATEMAN, 2023, p. 15).

[172] "Os partidários da doutrina do contrato sustentaram que os contratos da vida cotidiana são bastante parecidos com o modelo do contrato original, em que as partes concordam voluntariamente com os seus termos; os contratos reais fornecem, portanto, exemplos de liberdade individual" (PATEMAN, 2023, p. 21).

fundou a sociedade civil patriarcal em sua totalidade, desencadeando a presença do contrato sexual em todas as esferas de nossas vidas. O mandato da lei do direito sexual masculino rege os dois domínios[173]. A subjugação das mulheres nas relações monogâmicas feita pelo Direito é a prova viva disso, pois a lei do direito sexual masculino está incrustada no sistema jurídico brasileiro por completo. As leis civis e os Tribunais Superiores mantêm o contrato sexual em constante funcionamento para além da esfera privada. Como veremos, dia após dia, ele é reproduzido, sob nova roupagem, às custas da subjugação das mulheres[174].

Como adiantado no tópico anterior, a teoria contratual clássica se vangloria, veementemente, de ter conseguido superar o patriarcado através do assassinato do pai e de seu governo. De fato, por meio do contrato social, a metáfora de que os filhos assassinaram o pai em busca da instituição do Estado pautado na razão, na liberdade e na igualdade, faz sentido. Esse regime paternal realmente ficou para trás com a vitória do contrato social. Pateman (2023) também não tem dúvidas disso:

> Não há dúvida de que os teóricos clássicos do contrato venceram completamente sir Robert Filmer e os outros patriarcalistas no que se refere ao direito político e à liberdade natural dos filhos. O conflito centrava-se no problema de considerar se o poder político e a sujeição eram naturais ou consensuais, ou seja, criados pelos próprios indivíduos. Os teóricos do contrato consideravam que os indivíduos, isto é, os homens, nascem livres e iguais e que, portanto, nenhuma relação de subordinação e superioridade pode existir entre eles. Para serem legítimas, essas relações teriam que ser criadas por meio de um acordo mútuo ou contrato, 'já que nenhum homem tem alguma autoridade natural sobre seus companheiros, e já que a força em si não outorga nenhum direito, todas as autoridades legítimas têm que ser baseadas em um pacto entre os homens' (PATEMAN, 2023, p. 130).

Ocorre que, a teoria liberal clássica se utiliza dessa vitória para alegar a superação do patriarcado como um todo. Como explica Pateman (2023), o paternalismo é apenas uma das vertentes do patriarcado. Inclusive, a submissão sexual da mulher precede o paternalismo. Para

---

[173] " O contrato sexual, deve-se enfatizar, não está associado apenas à esfera privada. O patriarcado não é puramente familiar ou está localizado na esfera privada. O contrato original cria a sociedade civil patriarcal em sua totalidade. Os homens passam de um lado para outro, entre a esfera privada e a pública, e o mandato da lei do direito sexual masculino rege os dois domínios. A sociedade civil é bifurcada, mas a unidade da ordem social é mantida, em grande parte, através da estrutura das relações sociais.
(...)
As mulheres têm relações sexuais com os homens e são esposas antes de se tornarem mães de família. A história do contrato sexual é sobre relações (hetero) sexuais e sobre mulheres personificadas como seres sexuais. A história nos ajuda a compreender os mecanismos através dos quais os homens reivindicam os direitos de acesso sexual e de domínio dos corpos das mulheres. Além disso, as relações sexuais não estão limitadas à vida privadas. O exemplo mais dramático da dimensão pública do direito patriarcal é o fato de os homens exigirem que o corpo das mulheres esteja à venda como mercadoria no mercado capitalista; a prostituição é uma importante indústria capitalista" (PATEMAN, 2023, p. 27-33).

[174] A sociedade civil é bifurcada entre os espaços público e privado, no entanto, a unidade social é mantida pelas relações do patriarcado (PATEMAN, 2018).

que Adão fosse pai, na teoria de Sir Robert Filmer, Eva teve que se tornar mãe. No entanto, antes disso, Eva teve que se tornar esposa, uma *mulher* de um homem. Em outras palavras, o direito sexual ou conjugal precede necessariamente o direito de paternidade. Ele estava ali antes que a paternidade surgisse e ninguém ousou em falar nele (SAFFIOTI, 2015)[175]. Isso significa que a autoridade não advém da paternidade, mas sim do poder que a masculinidade concede aos homens[176].

O grande problema na suposição de que a teoria contratual clássica venceu o patriarcado reside então, justamente, na simplificação do patriarcado em paternalismo[177]. Como mencionado, o paternalismo se mostra apenas como uma vertente do patriarcado, que foi devidamente assassinada pelo contrato social. Na sociedade civil criada pelo contrato original, as mulheres ainda são vítimas do patriarcado, mas não do paternalismo. A diferença reside no fato de que, atualmente, elas são subordinadas aos homens como homens, como irmãos e como fraternidade, e não como pais.

O argumento de vitória do paternalismo é responsável pelo próprio ocultamento do contrato sexual. Ao jogar os holofotes para a superação do paternalismo, a teoria contratual faz com que o contrato sexual se torne invisível, embora esteja em constante funcionamento.

Observa-se que contrato original assassina o paternalismo, mas funda, como logo veremos, o patriarcado fraternal moderno. O patriarcado paternal morre para dar à luz ao patriarcado fraternal moderno, o novo "filho" do contrato original. Longe de se contrapor ao

---

[175] Sobre o tema, também comenta Heleieth Saffioti:
"À medida que as(os) teóricas(os) feministas forem se desvencilhando das categorias patriarcais, não apenas adquirirão poder para nomear de *patriarcado* o regime atual de relações homem-mulher, como também abandonarão a acepção de poder paterno do direito patriarcal e o entenderão como direito sexual. Isto equivale a dizer que o agente social marido se constitui antes que a figura de pai. Esta se encontra atenuada nas sociedades complexas contemporâneas, mas ainda é legítimo afirmar-se que se vive sob a lei do pai. Todavia, a figura forte é a do marido, pois é ela que o contrato sexual dá à luz. O *pátria potestas* cedeu espaço, não à mulher, mas aos filhos. O patriarca que nele estava embutido continua vivo como titular do direito sexual." (SAFFIOTI, 2015, p. 59).

[176] "Quando Filmer escrevia, o absolutismo já estava derrotado como ideia política. A pá de cal foi jogada por John Locke, que dedicou seu *Primeiro tratado sobre o governo civil* a responder ao *Patriarcha*. Para Pateman, nesse momento se estabelece também a doutrina do patriarcado *moderno*, que é definido não pela soberania de um indivíduo, mas pela igualdade entre os homens e sua soberania coletiva sobre as mulheres. Tal movimento tende a ser ignorado porque "a interpretação patriarcal do 'patriarcado'" (Pateman, 1988, p. 27) vê nele uma relação de autoridade do pai sobre os filhos, deixando de lado a relação prévia e necessária de submissão da mulher ao marido. Isto é, a interpretação do patriarcado como direito paterno oculta o contrato de casamento anterior e a relação entre homens e mulheres que ele determina" (MIGUEL, 2017, p. 8).

[177] Comenta Clarissa Alves: "Embora a teria contratual (patriarcado moderno) tenha se colocado politicamente enquanto opositora do poder patriarcal, ele direcionou-se para a crítica exclusiva do pai enquanto dominador dos filhos sujeitos ao seu poder. O patriarcado, enquanto estruturante de uma política de opressão sexual, tal qual as feministas recentemente o conceberam, não era o verdadeiro objeto destes debates. O fato de que as relações entre marido e esposa, através de um contrato de casamento, precedem as relações do homem como pai e da mulher enquanto mãe não é mencionada. Omite-se, portanto, a questão social mais ampla que se refere ao caráter das relações existentes entre os sexos e ao alcance do direito sexual masculino." (ALVES, 2012, p. 62).

patriarcado, o contrato, na verdade, foi o meio pelo qual o patriarcado fraternal moderno foi instituído (SAFFIOTI, 2015)[178]. Sobre o assunto, comenta Clarissa Alves:

> A interpretação tradicional da história do pensamento político moderno é a de que tanto a teoria como o direito patriarcal estariam, há séculos, extintos, juntamente com a hipótese de derrota do pai (poder patriarcal absoluto) pela libertação civil e contratual dos filhos (unidos em igualdade, liberdade e fraternidade). Pateman (1993, p. 17) vem contestar cabalmente esta ideia afirmando que "o contrato está longe de se contrapor ao patriarcado" pois, na verdade, "ele é o meio pelo qual se constitui o patriarcado moderno". Contrato e patriarcado estariam amplamente conectados enquanto elementos presentes na modernidade civil, fundantes da ordem liberal (ALVES, 2012, p. 60).

Na mesma linha do que sustenta Carole Pateman (2023), argumenta-se que o patriarcado fraternal moderno rege toda a sociedade atualmente, em âmbito público e privado. Como veremos, implicitamente, esse poder também gerencia o nosso sistema jurídico brasileiro. É com base neste mecanismo que os Tribunais Superiores administram a monogamia em busca da *ordem* social e da integridade dos *indivíduos*, que integram uma fraternidade - a *fraternidade masculina* - às custas da submissão e inferiorização de mulheres.

3.4 A transformação do patriarcado paternal em patriarcado fraternal moderno: o modelo de dominação que rege a sociedade civil

A teoria contratual clássica de fato conseguiu superar o paternalismo, mas não o patriarcado como um todo. Pelo contrário, foi o próprio contrato original quem criou o patriarcado em seus novos moldes contratuais modernos. Conjuntamente com a sociedade civil, o contrato original criou o que Carole Pateman (2023) chama de *Patriarcado Fraternal Moderno.* É, essencialmente, esse novo modelo de dominação masculina que rege a sociedade civil, fazendo-se presente como o fundamento da sociedade, do Estado e, principalmente, do Direito, seja em seu âmbito legislativo ou decisório.

Embora esse modelo de dominação esteja em constante reformulação e *progressão*, ele ainda se faz muito presente em nosso seio social (SAFFIOTI, 2015). O sistema jurídico brasileiro, que não está imune às relações de poder, é a prova viva disso. Esse poder masculino

[178] "Neste ponto da discussão, seriam interessante aprofundar a análise de Pateman. Todavia, em não havendo espaço para isto, apenas se registra que é importante reter o seguinte: *o contrato não se contrapõe ao patriarcado; ao contrário, ele é a base do patriarcado moderno.* Integra a *ideologia de gênero*, especificamente *patriarcal*, a ideia, defendida por muitos, de que o contrato social é distinto do contrato sexual, restringindo-se este último à esfera privada. Segundo este raciocínio, o patriarcado não diz respeito ao mundo público ou, pelo menos, não tem para ele nenhuma relevância. Do mesmo modo como as relações patriarcais, suas hierarquias, sua estrutura de poder contaminam toda a sociedade, o direito patriarcal perpassa não apenas a sociedade civil, mas impregna também o Estado." (SAFFIOTI, 2015, p. 135).

ainda está incrustado no seio social e, propriamente, no Direito, mesmo diante de tantas garantias constitucionais que visam proteger as mulheres, independentemente da raça, classe, religião, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Diferentemente do modelo patriarcal paternalista, o fundamento do patriarcado fraternal moderno é a masculinidade. Não é mais o poder do pai ou do parentesco quem governa a dominação dos homens sobre as mulheres. Neste novo poder, que é essencialmente contratual, a masculinidade, por si só, rege as relações sociais. Isso significa que as mulheres, desde a fundação da sociedade civil, se submetem aos homens não por serem seus pais, mas simplesmente por eles serem homens, dotados de superioridade e poder de mando. A masculinidade, independentemente da relação de parentesco, é a essência do patriarcado fraternal moderno (PATEMAN, 2023).

Na metáfora do assassinato do pai, pertencente ao regime paternalista, os filhos subvertem o regime paterno não apenas para conquistar suas liberdades, mas também para assegurar as mulheres para si próprios. O sucesso dos filhos nesse empreendimento é narrado na história do contrato sexual (PATEMAN, 2023).

Ao introduzir o conceito de patriarcado fraternal moderno, Pateman (2023) conta que o movimento feminista organizado, no final de 1960, trouxe o termo "patriarcado" de volta ao uso corrente popular e acadêmico. Várias discussões feministas já envolveram o uso do termo e as teóricas feministas utilizam-no em vários sentidos. Algumas argumentam que os problemas com o conceito são tão grandes, que ele deveria ser abandonado.

Nesse aspecto, precisamos, novamente, concordar com Carole Pateman, e, também, com Heleieth Saffioti (2015). O abandono da palavra "patriarcado" representaria a perda, pela teoria feminista, do único termo que visa conceituar especificamente a sujeição da mulher ao homem e que singulariza a forma de direito político que todos os homens exercem pelo simples fato de serem homens[179]. O abandono do conceito também representaria a perda de uma história política que ainda está sendo mapeada. Saffioti também concorda com essa visão:

> Colocar o nome da dominação masculina – patriarcado – na sombra significa operar segundo a ideologia patriarcal, que torna *natural* essa dominação-exploração. Ainda que muitas(os) teóricas(os) adeptas(os) do uso exclusivo do conceito de gênero

[179] De acordo com Heleieth Saffioti, o conceito de gênero não é suficiente para explicar as desigualdades entre homens e mulheres: "O conceito de gênero não explicita, necessariamente, desigualdades entre homens e mulheres. Muitas vezes, a hierarquia é apenas presumida. Há, porém, feministas que veem a referida hierarquia, independentemente do período histórico com o qual lidam. Aí reside o grande problema teórico, impedindo uma interlocução adequada e esclarecedora entre as adeptas do conceito de *patriarcado*, as fanáticas pelo de gênero e as que trabalham, considerando a história como processo, admitindo a utilização do conceito de gênero para toda a história, como categoria geral, e o conceito de patriarcado como categoria específica de determinado período, ou seja, para os seis ou sete milênios mais recentes da história da humanidade." (SAFFIOTI, 2015, p. 47-48).

> denunciem a naturalização do domínio dos homens sobre as mulheres, muitas vezes, inconscientemente, invisibilizam este processo, por meio, por exemplo, da apresentação de dados (SAFFIOTI, 2015, p. 59).

Deve-se, então, resgatar o termo *patriarcado* de uma possível invisibilização. O termo é, na linha do que preceituam Carole Pateman e Heleieth Saffioti, o único apto a conceituar, especificamente, a dominação da mulher pelo homem que invade todos os espaços da sociedade. É também o único termo que explicita a relação entre o homem e a mulher como duas variantes: superior e inferior (BOURDIEU, 2023). É essencialmente em virtude dessas razões que a expressão está sendo – e será - largamente utilizada nesta pesquisa[180].

O patriarcado moderno, poder que ainda rege a sociedade nos dias de hoje, é fraternal, contratual e estrutura toda a sociedade civil capitalista. A sua incidência ignora as fronteiras doméstica e familiar, de classe social, de renda e de distintos tipos de cultura. A dominação masculina rege os dois domínios – público e privado – e se faz presente em todos os espaços.

Diferentemente do que acontecia, por exemplo, na sociedade regida pelas Ordenações Filipinas ou pelo Código Civil de 1916, o patriarcado que incide hoje sobre as vidas de mulheres é simbólico. É doce, sensível e invisível, mas se faz presente em toda a nossa sociedade, em seus mínimos detalhes (BOURDIEU, 2023)[181]. O patriarcado moderno, que visa a dominação masculina[182], sobrevive em uma sociedade que prega a igualdade, a liberdade e a dignidade de

---

[180] Heleieth Saffioti elenca os motivos pelos quais o termo "patriarcado" não deve ser abandonado:
"Caberia, então, novamente, a pergunta: por que manter o nome *patriarcado?*
Sistematizando e sintetizando o acima exposto, porque:
1- Não se trata de uma relação privada, mas civil;
2- Dá direitos sexuais aos homens sobre as mulheres, praticamente sem restrição. Haja vista o débito conjugal explícito nos códigos civis inspirados no Código Napoleônico e a ausência sistemática do tipo penal *estupro no interior do casamento* nos códigos penais. Há apenas uma década, e depois de muita luta, as francesas conseguiram capitar este crime no Código Penal, não tendo conhecimento de se, efetivamente, há denúncias contra maridos que violentam suas esposas. No Brasil, felizmente, não há especificação do estuprador. Neste caso, pode ser qualquer homem, até mesmo o marido, pois o que importa é contrariar a vontade da mulher, mediante o uso de violência ou grave ameaça;
3- Configura um tipo hierárquico de relação, que invade todos os espaços da sociedade;
4- Tem uma base material;
5- Corporifica-se;
6- Representa uma estrutura de poder baseada tanto na ideologia quanto na violência" (SAFFIOTI, 2015, p. 60).

[181]Bourdieu chama essa dominação de *violência simbólica:* "Também sempre vi na dominação masculina, e no modo como é imposta e vivenciada, o exemplo por excelência desta submissão paradoxal, resultante daquilo que eu chamo de violência simbólica, violência suave, insensível, invisível e suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento (BOURDIEU, 2023, p. 12).

[182] Sobre a força da ordem masculina, preceitua Pierre Bourdieu:
"A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão sexual do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu

homens e mulheres, independentemente de classe, orientação sexual e raça, e, justamente por isso, ele precisa ser reproduzido de maneira simbólica, vez que a sua própria manutenção, principalmente pelo sistema jurídico brasileiro, entra em choque com os preceitos constitucionais previstos na Carta Magna de 1988.

Por mais que o patriarcado moderno tenha por objetivo subjugar as mulheres aos homens, as próprias mulheres, na maioria das vezes taxadas de *conservadoras*[183], fazem parte da transformação e da manutenção deste modelo de dominação masculina[184]. Como comenta Heleieth Saffioti (2015), nem sequer a presença do patriarca é imprescindível para mover a máquina do patriarcado. A máquina, que funciona quase que de maneira automática, pode e é também comandada por mulheres, que conscientemente ou não, reproduzem ideais patriarcais diariamente. A máquina do patriarcado, que funciona metaforicamente como uma engrenagem, está muito bem azeitada, operando sem cessar e sem maiores obstáculos.

> Quer se trate de Pedro, João ou Zé Ninguém, a máquina funciona até mesmo acionada por mulheres. Aliás, imbuídas da ideologia que dá cobertura ao patriarcado, mulheres desempenham, com maior ou menor frequência e com mais ou menos rudeza, as funções do patriarca, disciplinando filhos e outras crianças ou adolescentes, segundo a lei do pai. Ainda que não sejam cúmplices deste regime, colaboram para alimentá-lo (SAFFIOTI, 2015, p. 108).

Um dos elementos nucleares do patriarcado, de suma importância para esta pesquisa, reside exatamente no controle da sexualidade de mulheres, o que torna o comando da máquina

---

local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa reservada às mulheres; ou, no próprio lar, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, as atividades do dia, o ano agrário, ou o ciclo de vida, com momentos de ruptura masculinos, e longos períodos de gestação, femininos" (BOURDIEU, 2023, p. 24).

[183] Sobre a "Nova Direita", comenta Adrienne Rich: "As mensagens da Nova Direita às mulheres têm sido, precisamente, de que somos propriedade emocional e sexual dos homens, e que a autonomia e a igualdade das mulheres são uma ameaça à família, à religião e ao Estado. As instituições que tradicionalmente controlaram as mulheres – a maternidade patriarcal, a exploração econômica, a família nuclear, a heterossexualidade compulsória – estão sendo fortalecidas pela legislação, por mandatos religiosos, pelas imagens dos meios de comunicação e por esforços de censura" (RICH, 2019, p. 28).

[184]"Apresentado baixa cultura geral e ínfima capacidade crítica, a maioria das brasileiras pode ser enquadrada na categoria de *conservadoras*, ainda separando mulheres femininas de mulheres feministas, como se estas qualidades fossem mutuamente exclusivas. Isto dificulta a disseminação das teses feministas, cujo conteúdo pode ser resumido em: *igualdade social para ambas as categorias de sexo*. Por conseguinte, a maior parte das mulheres mantém atitudes contrárias a ações afirmativas governamentais, que poderiam contribuir grandemente para o avanço das transformações sociais desejados pelos defensores dos direitos humanos, neles inclusa a metade feminina da população. A história revela que as grandes causas, benéficas especialmente aos contingentes discriminados e a quase todos os demais, obtiveram sucesso, apesar de terem sido conduzidas por pequenas minorias. E as brasileiras têm razões de sobra para se opor ao machismo reinante em todas as instituições sociais, pois o patriarcado não abrange apenas a família, mas atravessa a sociedade como um todo. Não obstante o desanimo abater certas feministas lutadoras, quando assistem a determinados comportamentos de mulheres alheias ao sexismo, vale a pena levar esta luta às últimas consequências, a fim de se poder desfrutar de uma verdadeira democracia" (SAFFIOTI, 2015, p. 49).

por mulheres mais contraditório ainda[185]. Seus atos e pensamentos estão estruturados em conformidade com os fundamentos da dominação (BOURDIEU, 2023)[186].

Longe de afastar o patriarcado, o contrato original criou essa forma de dominação masculina conjuntamente com a formação do estado social moderno. O patriarcado fraternal moderno se faz presente, como demonstrado, em nossas legislações vigentes e em toda a história legislativa. É, essencialmente, esse poder que fundamentou e fundamenta a subjugação das mulheres aos homens. Mesmo diante do asseguramento de direitos fundamentais às mulheres, de maneira simbólica, o patriarcado fraternal moderno se faz presente e funda todo o nosso sistema jurídico brasileiro.

Até aqui, apresentamos, de maneira bem geral, o conceito da palavra *patriarcado* e seus respectivos objetivos em nossa sociedade. No entanto, questiona-se: o que significa patriarcado fraternal? O que torna o patriarcado fraterno? Que diferença a expressão *patriarcado fraternal moderno* apresenta em relação ao simples termo *patriarcado*? Esse conceito é de suma importância para entendermos a reprodução do patriarcado moderno pelos Tribunais Superiores.

O termo *fraternidade* está geralmente ausente nas discussões sobre o contrato social e a sociedade civil e, por isso, ele precisa ser colocado sob enfoque. Quase sempre as atenções são voltadas para a liberdade e igualdade. No entanto, os valores revolucionários, que fundaram a sociedade civil, são: liberdade, igualdade e fraternidade. A fraternidade, elemento mais apagado dos valores revolucionários, se faz presente logo no preâmbulo da nossa Constituição Federal de 1988, o que demonstra, ainda que de maneira tímida, a influência dos valores revolucionários em seus preceitos.

Novamente, questiona-se: Por que é importante resgatar essa noção de fraternidade? Porque o patriarcado moderno, influenciado pelos preceitos revolucionários, é fraterno, pois o próprio contrato original, que o criou, é um pacto fraternal. Essa característica foi propositalmente repassada para o patriarcado moderno, "filho" do contrato original (PATEMAN, 2023).

---

[185] Bourdieu também concorda com a noção de que as mulheres reproduzem a dominação masculina: "E as próprias mulheres aplicam a toda a realidade, e, particularmente, às relações de poder em que se veem envolvidas, esquemas de pensamento que são produtos da incorporação dessas relações de poder e que se expressam nas oposições fundadoras da ordem simbólica" (BOURDIEU, 2023, p. 62).

[186] "Quando os dominados aplicam àquilo que os domina esquemas que são produtos da dominação, ou, em outros termos, quando seus pensamentos e suas percepções estão estruturados de conformidade com as estruturas mesmas da relação de dominação que lhes é imposta, seus atos de conhecimento são, inevitavelmente, atos de *reconhecimento*, de submissão" (BOURDIEU, 2023, p. 30).

Os *indivíduos*, ao derrotarem, metaforicamente, o pai, reivindicaram suas liberdades e, vitoriosos, fizeram o contrato original. Os *indivíduos* fizeram o contrato não mais como pais, mas sim como irmãos, unidos pelo laço fraterno. Os machos participantes não fazem o contrato como maridos, mas como irmãos, ligados por um laço fraterno, e, ao pactuarem em conjunto, estabelecem-se como uma fraternidade civil.

O contrato original é essencialmente fraterno por ter sido pactuado por irmãos, homens, ligados pelo laço fraternal. O patriarcado moderno, por sua vez, criação do contrato original, também é fraterno. Os homens se unem, fraternalmente, com o objetivo de manter sua superioridade masculina em nossa sociedade. Há um interesse masculino em manter os termos do contrato sexual e do patriarcado moderno e, por isso, esse poder é fraternal. Os homens agem como irmãos para manter em funcionamento a máquina da dominação.

A fraternidade, nos moldes em que foi criada, é necessária para o bom funcionamento do patriarcado moderno, que exige a união fraterna dos homens em prol da dominação masculina. A fraternidade, neste caso, não envolve as mulheres. A falta de união dos homens colocaria em risco o próprio funcionamento da dominação masculina.

Hanna Pitkin (1999) observa que o que sustenta a civilização é a masculinidade composta pelo vínculo fraterno entre os irmãos homens. Os indivíduos que participam do contrato são irmãos que se transformam em uma fraternidade civil ao pactuarem em conjunto. Os irmãos são unidos pelo interesse comum de manter as leis civis que asseguram suas liberdades. Como homens, eles também têm o interesse comum de manter os termos do contrato sexual, do patriarcado fraternal moderno e, consequentemente, de garantir que a lei do direito sexual masculino continue constantemente operante.

Como comenta Simone de Beauvoir (2016) na obra *O Segundo Sexo,* a mulher não é irmã do homem. Ela não integra a fraternidade e irmandade estabelecida pelo contrato original.

A exclusão das mulheres e o interesse em manter os termos do contrato sexual poderão ser inequivocadamente vistos nos julgados dos Tribunais Superiores e as próximas sessões se encarregarão de demonstrar como contrato sexual é constantemente reproduzido por estes Tribunais a partir da administração da monogamia.

A fraternidade masculina, unida em prol da submissão de mulheres, se faz claramente presente em nossos julgados e é, inclusive, comandada por mulheres.

3.4.1 A relação monogâmica heterossexual como o principal fio condutor de incidência do contrato sexual

O contrato sexual estrutura-se na dominação masculina, isto é, na superioridade dos homens e na subjugação das mulheres. Constitui-se como um poder que envolve então, necessariamente, dois personagens: o homem e a mulher.

Em virtude das características desse poder misógino e, a partir de toda a análise histórica feita nesta pesquisa, presente no primeiro e segundo capítulo, percebe-se que a relação heterossexual monogâmica é o ambiente propício para a incidência do contrato sexual, isto é, a relação heterossexual monogâmica é o ambiente natural da incidência do contrato sexual. É, essencialmente, na relação monogâmica heterossexual que o contrato sexual é reproduzido diariamente[187].

Em qualquer modelo de relação heterossexual monogâmica, ainda que informal, cria-se uma espécie contrato, onde as partes aceitam se relacionar, com certos objetivos, envolvendo ou não a constituição de família. Mesmo que inconscientemente, o contrato sexual se incide nesta relação, pois, como mencionado, o contrato original, que fundou a sociedade civil, constituído pelo contrato sexual, ainda influencia diretamente a forma como os indivíduos participam dos contratos corriqueiros da vida cotidiana, dos quais as mulheres fazem parte.

Como Carole Pateman (2023) argumenta, é quase impossível existir igualdade entre o homem e a mulher na relação monogâmica, por mais igualitária que ela seja[188]. O contrato sexual faz-se presente em todas as relações monogâmicas heterossexuais, independentemente de existir contrato de casamento ou de união estável. Os julgados dos Tribunais Superiores demonstram muito bem isso. Os preceitos do contrato sexual fazem-se, como veremos, presentes até mesmo nas relações informais paralelas ao casamento, mantidas pelo homem e a *amante.*

Dessa maneira, argumenta-se que o contrato sexual não é proveniente do casamento ou da união estável, mas sim, da própria constituição do relacionamento monogâmico heterossexual, da relação sexual entre o homem e a mulher. O contrato sexual e, consequentemente, o patriarcado fraternal moderno, estão no cerne da monogamia heterossexual. A própria instituição da monogamia, como modelo de relacionamento ideal, na sociedade civil, foi feita com base nos preceitos do patriarcado moderno. Diariamente, a

[187] Por esse motivo, esta pesquisa não terá como foco principal a análise de julgados envolvendo casais homoafetivos, vez que esse modelo de relação não envolve necessariamente o contrato sexual.

[188] Segundo Pateman: "As relações sexuais não tomam obrigatoriamente a forma da dominação e da submissão, mas relações livres são impossíveis dentro da contraposição patriarcal do contrato e do *status*, da masculinidade e da feminilidade. O sonho feminista é permanentemente subvertido pelo engajamento com o contrato" (PATEMAN, 2023, p. 285).

monogamia reproduz os próprios termos do contrato sexual, vez que tem também como objetivo, controlar os corpos e a sexualidade das mulheres.

Ainda que o patriarcado fraternal moderno e o contrato sexual estejam presentes em toda e qualquer relação monogamia heterossexual, o casamento ainda é considerado, por muitas autoras feministas, como o modelo de relacionamento em que a dominação masculina se faz mais presente. O grande problema relaciona-se com o fato de que, outras relações monogâmicas, também geridas pelo contrato sexual, a exemplo de um simples namoro ou de uma relação entre o homem e a *amante*, sendo esta marginalizada, estejam fora do foco de análise feminista.

De fato, o casamento é utilizado como modelo de análise em virtude de sua constituição tornar mais evidente a formação de um contrato formal com trocas desiguais. Desde, pelo menos, o Concílio de Trento, este modelo de relacionamento mostra-se como um pacto desigual no qual a esposa deve obediência ao seu marido, idealmente em troca de proteção [189](PATEMAN, 2023). Ocorre que, como comenta Heleieth Saffioti, a proteção, significa, no mínimo a médio e a longo prazos, exploração-dominação, sendo meramente fictícia[190] (SAFFIOTI, 2015).

No ano de 2023, segundo dados coletados pelo novo boletim *Elas Vivem*, da Rede de Observatórios de Segurança, pelo menos 586 mulheres foram vítimas de feminicídio no Brasil. Em 72,70% (senta e dois inteiros e setenta centésimos por cento), mais da metade dos casos, o homicídio foi praticado pelo parceiro ou ex-parceiro da vítima. Os dados de violência doméstica levantados pelo DataSenado no ano de 2023 também não ficam atrás. A 10ª edição da pesquisa Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher mostra que 30% das mulheres no Brasil já sofreram algum tipo de violência doméstica e familiar provocada por um homem. Em 52% (cinquenta e dois por cento) dos casos, o agressor era marido ou companheiro da vítima. Em 15% (quinze por cento) dos casos, o agressor era o ex-namorado, o ex-marido ou o ex-companheiro da vítima.

---

[189] De acordo com Pateman: "O casamento é como um negócio em que, uma vez estabelecido o contrato, o desejo de uma das partes prevalece (embora Punfedorf não mencione que, supostamente, não existem regras fixas no negócio a respeito de qual das partes exercerá o direito). O poder de um marido, no entanto, não é similar à soberania política. Seu direito, assim como o dos parceiros que dirigem negócios, é limitado, estendendo-se somente dentro do casamento; 'a esposa é obrigada a se adaptar à vontade de seu marido nos assuntos concernentes ao casamento, embora isso não implique necessariamente que ele tenha poder sobre ela em todos os seus atos.' O casamento é o que Punfedorf chamada de 'um pacto desigual', no qual a esposa deve obediência a seu marido e, em troca ele a protege." (PATEMAN, 2023, p. 83).

[190] "Focalizar o contrato sexual, colocando em relevo a figura de marido, permite mostrar o caráter desigual deste pacto, no qual se troca obediência por proteção. E proteção, como é notório, significa, no mínimo a médio e a longo prazos, exploração-dominação. Isto revela que as mulheres jamais alcançaram a categoria de indivíduos, com poder de contratar de igual para igual" (SAFFIOTI, 2015, p. 136-137).

Assim como o contrato sexual, a força do homem também está além da relação conjugal. Ela está, na verdade, presente na relação monogâmica heterossexual, independentemente de formalização.

A não inclusão das mulheres na categoria de *indivíduos sujeitos de direitos*, na formação do estado civil moderno, produz suas consequências até os dias de hoje. Originalmente, somente os homens possuíam as características de seres livres e iguais entre si. Pouco a pouco, com os avanços proporcionados pelo movimento feminista, essa situação vem se modificando. No entanto, ainda hoje, as mulheres são subordinadas aos homens. Segundo Pateman (2023), a origem da subordinação é natural[191]. Esteve presente no estado de natureza e foi repassada, propositalmente, para o estado social. A ordem da natureza está ainda refletida nas relações heterossexuais monogâmicas[192].

Para os teóricos contratualistas, a exemplo de John Locke, a força do poder conjugal se origina na natureza. Ao discutir com Sir Robert Filmer, Locke ponderou que a submissão de Eva à Adão nada mais é do que a submissão que qualquer esposa deve manter em relação ao seu marido. Para Locke, as esposas devem se submeter porque as leis da humanidade assim determinam[193]. Em sua visão, existe um fundamento da natureza que garante a superioridade dos homens em detrimento da subjugação das mulheres. O fundamento natural que garante a vontade do homem e não da mulher é a de que o marido é inquestionavelmente "mais forte e mais capaz" e, por isso, as mulheres são súditas naturais.

Como demonstrado ao longo dos dois primeiros capítulos desta pesquisa, esse argumento de subjugação da mulher, pautado na natureza e na força do homem, fundamentou, por muitos anos, a nossa legislação civil.

---

[191] "O *status* das mulheres como 'indivíduos' é, portanto, imediatamente solapado do estado natural. Seres que sempre fazem um contrato no qual se submetem a outros que detêm uma superioridade natural não podem ser livres e iguais a outros e, consequentemente, não podem se tornar indivíduos civis quando se faz a passagem para a sociedade civil
(...)
As mulheres estão excluídas do *status* de 'indivíduos' na condição natural. (...) somente os homens detêm por natureza as características de seres livres e iguais entre si. As mulheres são naturalmente subordinadas aos homens, e a ordem da natureza está refletida nas relações conjugais" (PATEMAN, 2023, p. 83).

[192] "Somente os homens têm aptidões dos "indivíduos" livres e iguais. As relações de subordinação entre *homens* devem, para ser legítimas, ter origem num contrato. As mulheres nascem dentro da sujeição. Os autores clássicos estavam conscientes da importância dos pressupostos da doutrina contratual para as relações entre os sexos. Eles nada podiam garantir, uma vez que a premissa de seus argumentos era potencialmente subversiva para todas as relações de autoridade, inclusive as conjugais. As descrições clássicas do estado natural levam em consideração a diferença sexual entre os seres humanos" (PATEMAN, 2023, p. 69).

[193] No *Primeiro tratado, Locke explica que a submissão de Eva"*
"não é outra submissão senão a que toda esposa deve a seu marido [...]. [O poder de Adão] só pode ser um poder conjugal, e não político, o poder que todo marido detém de mandar nas questões do domínio privado em sua família, como proprietário dos bens e das terras, e de ter sua vontade colocada acima da de sua esposa em todas as questões de domínio comum; mas não um poder político de vida e morte sobre ela, muito menos sobre qualquer outra pessoa" (LOCKE apud PATEMAN, 2023, p. 85).

O fundador do Código Civil de 1916, o jurista Clóvis Beviláqua, fundamentou, em sua doutrina, a submissão jurídica da mulher ao homem em virtude de ele ser o mais forte e mais inteligente. Beviláqua chegou a se basear no tamanho e no peso do cérebro entre os sexos para legitimar as diferenças entre as funções de marido e esposa:

> Como era natural, num século de zimose científica, foram chamados os biologistas a pronunciar-se na questão feminista, cabendo-lhe dizer se a natureza apoiava todas as ambições, que agitavam os espíritos, se, anatômica e fisiologicamente, o cérebro da mulher equivalia ao do homem, já que, hoje, é o cérebro o instrumento principal do combate pela existência, áspero combate, em que êle se tem depurado, é certo, e também esgotado.
> (...) O cérebro da mulher pesa menos do que o do homem, disseram sábios consultados (1-a). Porém, outros, não menos competentes, disseram que essas 130 ou 150 gramas de diferença em favor do homem, se compensavam pela diferença do volume, desfazendo-se a desigualdade aparente numa igualdade real.
> (...)
> Se, portanto, a anatomia e a fisiologia assinalam diferenças cerebrais nos dois sexos, essas não se explicam por aquisições seculares; eis a conclusão a que forçosamente somos levados, por ser rigorosamente lógica. Além disso, os biologistas vacilam, e se inclinam, nestes últimos tempos, a negar a existência dessas diferenças apreciáveis e capazes de servir de base a uma teoria, porque devem ser elas antes reflexas do que essenciais. (BEVILÁQUA, 1956, p. 161- 164).

O fundamento da natureza esteve presente por muitos anos nas doutrinas de Direito Civil, que acompanhavam o entendimento clássico de Bevilaqua, e na legislação até, pelo menos, a chegada da Constituição Federal de 1988. A introdução desse pensamento em nossa doutrina e legislação demonstra como a teoria contratual clássica teve influência na formação do sistema jurídico brasileiro.

O filósofo Jean-Jacques Rousseau também teceu muitos comentários sobre a natureza do direito masculino. Conforme comenta Pateman (2023), em sua teoria, ele admitiu que a ordem civil e a formação do Estado dependem do próprio direito que os maridos detêm sobre suas esposas, o qual, argumenta, advém da natureza, da diferença dos atributos biológicos entre os sexos.

A suposta fraqueza biológica da mulher, comparada ao homem, e todas as suas outras questões biológicas, tais como a gravidez e o puerpério, tornaram, para a teoria contratual clássica, a mulher mais fraca e, com base neste argumento, a superioridade do homem foi construída. Inquestionavelmente, esses preceitos regeram o nosso sistema jurídico brasileiro por décadas.

Novamente, ressalta-se que embora as narrativas clássicas e da teoria feminista estejam deslocadas para o contrato de casamento, a lei do direito sexual masculino não está restrita apenas às relações conjugais. O casamento é o relacionamento monogâmico utilizado como modelo por explicitar, de maneira mais clara, a relação desigual entre o homem e a mulher. No

entanto, o poder *natural* do homem como *indivíduo* sujeito de direito, abarca todos os aspectos da vida civil, inclusive os relacionamentos monogâmicos heterossexuais informais. O contrato sexual mostra-se como um elemento pressuposto da monogamia heterossexual.

3.5 A presença do patriarcado fraternal moderno no Código Civil de 2002 e nas doutrinas de Direito de Família

Como demonstrado nos capítulos precedentes, a Constituição Federal de 1988 representou uma verdadeira quebra de paradigmas em relação às Constituições anteriores e a todo o ordenamento jurídico brasileiro. Com base na dignidade da pessoa humana, elencada dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, estabeleceu, em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No mesmo art. 5º, a Constituição estabeleceu que os homens e as mulheres são iguais em direitos e obrigações[194].

Os fundamentos da Constituição, pautados na dignidade da pessoa humana e na igualdade, bem como os seus objetivos, não abrem margem para qualquer interpretação patriarcal ou sexista de seu texto. Homens e mulheres são iguais entre si e possuem as mesmas liberdades, independentemente de raça, classe, idade, religião e quaisquer outras formas de discriminação.

No dia 11 de janeiro de 2002, entrou em vigor o novo Código Civil. No entanto, como demonstrado no capítulo segundo, a sua elaboração foi iniciada antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, que igualou, para todos os fins, os homens e as mulheres. Embora tenha entrado em vigor em uma nova realidade constitucional, o novo Código não acompanhou o salto democrático dado pela Constituição de 1988. Na verdade, ele foi criado a partir do Código Civil de 1916, pois a maioria dos dispositivos, especialmente pertencentes à parte de Direito de Família, foram literalmente copiados ou, quando muito, reformulados com outras palavras, diretamente do antigo Código Civil.

Baseado em outros princípios constitucionais, o Código Civil de 1916 pode ser amplamente considerado como uma expressão do patriarcado dentro do contexto jurídico. Seus

[194] A igualdade entre homens e mulheres teve total influência na regulamentação da família que, inclusive, se tornou democrática. O art. 226, §5º, que dispõe sobre a família, regulamentou que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

fundamentos jurídicos eram claramente patriarcais, comprometendo toda a constitucionalidade, nos parâmetros constitucionais de hoje, da legislação. Antes dos avanços proporcionados pelo movimento feminista, as mulheres eram juridicamente subordinadas aos homens, sejam eles seus pais ou maridos. Até mesmo para trabalhar de maneira remunerada, fora do lar, elas precisavam pedir autorização de uma figura masculina.

As doutrinas de Direito de Família da época confirmam a característica patriarcal do Código Civil de 1916. Como mencionado, Clóvis Bevilaqua, fundador do Código em comento, fundamentou a submissão jurídica da mulher ao homem com base no aspecto biológico, qual seja, no peso dos cérebros do homem e da mulher. Claramente, o fundamento da natureza, autorizador da diferenciação social entre homens e mulheres, foi adotado pelo sistema jurídico brasileiro da época. Os preceitos liberais-contratuais foram penetrados na legislação civilista.

O Código Civil de 2002, principalmente por ter sido criado a partir de uma legislação extremamente machista e misógina, ainda se mostra patriarcal. No entanto, diferentemente da antiga legislação civil, em virtude da promulgação da Constituição Federal de 1988 - que fundou uma nova ordem jurídica igualitária entre homens e mulheres -, observa-se que a dominação masculina se faz presente nas entrelinhas dos dispositivos civilistas atuais. No novo Código Civil, o patriarcado fraternal moderno se faz presente de maneira quase que invisível, doce, sensível e não perceptível aos olhos de quem lê e interpreta os seus dispositivos[195].

Em que pese a quase imperceptibilidade do patriarcado na letra da lei civilista, as doutrinas, especialmente de Direito de Família, não escondem a sua presença.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha inaugurado uma nova ordem jurídica e social, com novos preceitos e conceitos jurídicos, percebe-se, da exposição feita no segundo capítulo desta pesquisa, que os doutrinadores *modernos* de Direito de Família preocupam-se, constantemente, em trazer, para seus fundamentos, doutrinas antigas, publicadas na vigência do antigo Código Civil de 1916 e que carregam consigo fortes preceitos patriarcais.

Obras de Álvaro Villaça Azevedo, Maria Helena Diniz e Silvio Venosa demonstram bem isso. Na maioria dessas doutrinas, os preceitos tradicionais de Clóvis Bevilaqua e Orlando Gomes são quase sempre resgatados para conceituar, por exemplo, o instituto do casamento – que carrega consigo preceitos fortemente patriarcais e moralistas como o débito conjugal e a

[195] Argumenta-se que o patriarcado fraternal moderno rege a sociedade moderna desde a constituição do contrato original. No entanto, é possível percebermos certa evolução nesse poder. Se antes ele se fazia presente de maneira evidente – a exemplo das Ordenações Filipinas e do Código Civil de 1916 -, hoje, com a vigência da nossa Constituição Federal de 1988, ele se faz presente de maneira quase que invisível. Para sobreviver em uma sociedade constitucionalmente igualitária e democrática, o patriarcado fraternal moderno precisa ser doce, sensível e quase invisível aos olhos de quem vê.

regularização das relações sexuais. Em todos os casos, esses autores clássicos foram utilizados sem qualquer problematização, mesmo diante de uma nova ordem social, política e jurídica instaurada pela Constituição de 1988 que fundou novos conceitos para os institutos do casamento e da família.

Percebe-se que há, (in)conscientemente, uma espécie de aliança entre os doutrinadores para perpetuar a tradição patriarcal na história e na trajetória das doutrinas de Direito Civil. Prevalece, dentre os *modernos* doutrinadores de Direito de Família, uma clara fraternidade masculina em prol da manutenção dos antigos preceitos jurídicos patriarcais, os quais continuam fundamentando o Direito Civil até os dias de hoje, mesmo sob a vigência de uma Constituição Federal igualitária. Em outras palavras, os novos preceitos constitucionais são aplicados pelos operadores do Direito, os quais, ao mesmo tempo, lidam com os casos do cotidiano com os olhos voltados para o passado. Os preceitos moralistas, introduzidos há mais de cem anos na legislação durante a vigência do Código Civil de 1916, permanecem presentes e revelam-se como o combustível do patriarcado fraternal moderno no meio jurídico.

A inclusão da legalização do sexo, do débito conjugal e da formação da prole, como institutos pertencentes ao casamento e, agora, da união estável, demonstra bem como os doutrinadores de Direito Civil estão compactuados com a tradição moralista, religiosa e patriarcal.

A majoração da traição praticada por mulheres, abordada por Maria Helena Diniz (2023), também comprova como a tradição misógina se faz presente entre as doutrinas de Direito Civil[196].

São preceitos moralistas e patriarcais, pertencentes à história do Brasil desde sua colonização, que foram incluídos na legislação civil – a partir das Ordenações Filipinas - e que ainda se fazem presentes no pensamento jurídico contemporâneo.

Ainda que os dispositivos civilistas vigentes não denunciem, de pronto, o caráter patriarcal do Código Civil de 2002, as doutrinas de Direito de Família não deixam de expressar

---

[196] "Convém salientar que, sob o prisma psicológico e social, o adultério da mulher é mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações sexuais extramatrimonais, introduzindo prole alheia dentro da família ante a presunção da concepção de filho na constância do casamento prevista no art. 1.597 do Código Civil, transmitindo ao marido enganado o encargo de alimentar o fruto dos seus amores.
(...)
Já em relação ao adultério do marido, os filhos que este tiver com sua amante ficarão sob os cuidados desta e não da esposa, e, além disso, pode ocorrer que a infidelidade do homem seja um desejo momentâneo ou mero capricho, sem afetar o amor que sente pela sua mulher. Todavia sob o ponto de vista moral e jurídico, merecem reprovação tanto a infidelidade do marido como a da mulher, por se fator de perturbação de estabilidade do lar e da família". (DINIZ, 2023, p. 135).

sobre quais bases o Código está assentado. Ainda que de maneira não declarada, o Direito Civil Brasileiro, especialmente em sua seara familiarista, está assentado no patriarcado fraternal moderno. Como veremos, ainda hoje, busca-se gerenciar a monogamia para controlar, principalmente, os corpos de mulheres. Herança do Brasil Colônia, o controle da sexualidade feminina ainda se faz mais do que presente em nosso sistema jurídico brasileiro.

Embora as doutrinas analisadas não expliquem os motivos desse controle, os julgados dos Tribunais Superiores nos fornecem pistas, que serão melhor abordadas a partir do próximo tópico.

3.6 A presença do patriarcado fraternal moderno nos julgados dos Tribunais Superiores e a reprodução do contrato sexual através da administração da monogamia: a busca do controle da desordem causada pelas mulheres

Até aqui pode não ter ficado bem claro qual a relação entre o contrato original e o controle das mulheres por meio da imposição da monogamia pelo campo jurídico brasileiro. Para iniciarmos a formulação da resposta à pergunta-problema apresentada – *De que maneira o campo jurídico brasileiro, por meio de seus Tribunais Superiores, ao incorporar como padrão a sexualidade monogâmica, reproduz uma lógica de controle e inferiorização de mulheres?,* torna-se necessário fazermos um breve regresso na teoria de Carole Pateman.

Como demonstrado ao longo deste capítulo, a teoria contratual clássica explicou a formação da sociedade e do estado civil a partir do cotejo entre as fases pré-social e social, formada a partir do contrato original.

A formação do contrato original marca o fim da era pré-social, composta por desordem e guerra em virtude da chegada da propriedade privada, e o início de uma era formada por direitos civis como a igualdade, a fraternidade e a liberdade. Segundo Carole Pateman (2023), posicionamento em que nos filiamos, foi o contrato original quem formou as bases da sociedade civil, também chamada por ela de moderna[197]. Esta nova sociedade foi formada pelo contrato após a derrocada do poder dos pais[198].

---

[197] Pateman se refere ao termo "moderno" apenas para fazer referência à sociedade civil criada pelo contrato social. O termo é aplicado para fazer uma contraposição ao "estado natural" de Rousseau.

[198] "A nova sociedade civil criada, através do contrato original, é uma ordem social patriarcal" (PATEMAN, 2023, p. 14).
"O contrato original é feito depois da derrota política do pai e cria o patriarcado fraternal moderno" (PATEMAN, 2023, p. 16).

O discurso oficial da teoria contratual clássica, que se faz presente até hoje em textos acadêmicos, por exemplo, segue no sentido de que o contrato original formou um estado civil moderno pautado na liberdade, igualdade e fraternidade de seus cidadãos. De modo geral, esse discurso não está completamente equivocado. De fato, o contrato original criou uma sociedade pautada nesses direitos. No entanto, vimos que apenas os *indivíduos*, homens, possuíam acesso a tais direitos. Originalmente, as mulheres não foram inseridas no acordo que fundou a sociedade civil (PATEMAN, 2023).

A teoria contratual clássica, ao explicar a formação da sociedade civil, omitiu uma parte muito relevante do contrato original. Como demonstrado, o contrato sexual faz parte da estrutura do contrato original que, frisa-se, criou a sociedade civil moderna. Embora as mulheres não tenham sido inseridas no acordo original, elas se tornaram, desde a fundação do estado civil, o objeto do contrato original. A subjugação de mulheres é necessária para o próprio funcionamento do estado social. Do mesmo modo, a inferiorização de mulheres é necessária para que os direitos humanos dos *indivíduos*, machos participantes do acordo original, estejam protegidos e em constante funcionamento. O contrato sexual é o poder que rege a sociedade civil, desde a sua fundação.

A teoria contratual clássica teve uma enorme influência na formação da sociedade e do direito. Como demonstrado, quase todas as relações sociais hoje tendem a ser contratuais. Idealmente, o contrato concede aos cidadãos mais previsibilidade, segurança e liberdade. O sistema jurídico brasileiro atual é um exemplo de como a teoria contratual clássica teve êxito em seus argumentos. O contrato rege quase todas as relações sociais no plano jurídico, se fazendo presente no Direito Empresarial, no Direito Civil, no Direito do Trabalho e, principalmente, no Direito de Família.

Por mais que as relações íntimas/afetivas monogâmicas não tomem uma forma contratual no Código Civil de 2002, vimos que, como regra, as relações monogâmicas são contratualizadas pelo sistema jurídico brasileiro. Até mesmo quando a relação afetiva é informal, como no caso de uma união estável não formalizada, o Direito tende a contratualizar a relação para analisá-la e lhe conceder, eventualmente, direitos. A contratualização das relações monogâmicas mostra como a teoria contratual clássica esteve – e está -, presente na formação do nosso sistema jurídico.

O contrato original, formado também pelo contrato sexual, fundou uma sociedade moderna patriarcal. O contrato original fundou o que Carole Pateman chama de *patriarcado fraternal moderno.* Por ter sido criada por este contrato misógino, a sociedade civil possui seus

pés fincados no contrato sexual. Inevitavelmente, o contrato sexual está presente em todas as nossas relações sociais.

Como sustenta Pateman (2023), o contrato original, além de fundar a sociedade civil moderna por completo, criou uma forma de constituição das relações sociais por meio dos contratos corriqueiros da vida cotidiana, a partir dos quais, por exemplo, se formaliza uma união estável.

Por estar com os pés fincados no contrato sexual, o contrato original inevitavelmente transpassa o *patriarcado fraternal moderno* para os contratos corriqueiros da vida cotidiana. Isso quer dizer que a participação nos contratos de relações monogâmicas está repleta de contrato sexual. A masculinidade, e não mais a paternidade, rege a participação das mulheres nesses contratos corriqueiros.

O sistema jurídico brasileiro, ao contratualizar as relações íntimas e imputar a monogamia, reproduz os termos do próprio contrato original, formado pelo contrato sexual. A contratualização das relações afetivas pelo sistema jurídico brasileiro reproduz os termos do próprio contrato sexual e do patriarcado fraternal moderno. O contrato original, formado por suas bases misóginas, influencia diretamente o contrato ordinário. Esse processo é inevitável e se potencializa mais ainda quando o sistema jurídico posiciona o contrato como o centro das relações monogâmicas.

Mesmo que as relações monogâmicas não fossem tratadas de forma contratual pelo sistema jurídico brasileiro, o contrato sexual e o patriarcado fraternal moderno ainda estariam presentes. São dois poderes – que na verdade fazem parte de um só: o poder masculino - , que estão na base da sociedade civil desde a sua fundação pelo contrato original, influenciando todas as relações sociais, inclusive o sistema jurídico. Invariavelmente, como veremos, o patriarcado fraternal moderno se faz presente em quase todos os julgados dos Tribunais Superiores. A maioria dos recursos movidos para esses Tribunais teve os homens ou as esposas (que possuem o patrimônio do marido) como vencedores. Constantemente, as mulheres *concubinas* são invisibilizadas, muitas das vezes para proteger o patrimônio do homem que nem vivo está mais.

O contrato sexual está também no cerne da monogamia, fazendo-se presente independentemente da contratualização das relações sexuais. A relação monogâmica é o ambiente natural de incidência do patriarcado fraternal moderno. Como demonstrado no primeiro e segundo capítulo, a monogamia tem como seu fundamento, desde a sua origem, essencialmente o controle dos corpos e dos prazeres das mulheres pelos homens. Ela foi imputada com o objetivo de controlar o corpo feminino. Não há como existir, na mesma linha

de entendimento de Pateman (2023), igualdade nessa relação. A força e a superioridade do homem estão pressupostas na relação monogâmica, fazendo parte de sua essência. As mulheres, por sua vez, sempre estarão em um patamar inferiorizado e subjugado em relação aos homens.

O sistema jurídico brasileiro, ao imputar ou, como veremos, *aconselhar* esse modelo de sexualidade, reproduz o próprio contrato sexual e o patriarcado fraternal moderno. A subjugação das mulheres está no cerne da própria monogamia e não há como existir igualdade entre cidadãos brasileiros enquanto esse modelo de sexualidade for imposto pelo sistema jurídico brasileiro nos moldes atuais. Embora a relação entre o homem e a mulher tenha mudado ao longo dos anos, a força e superioridade masculina ainda estão no centro deste modelo de sexualidade.

Portanto, todas as vezes que o sistema jurídico brasileiro administra, impõe ou *aconselha* a monogamia, o contrato sexual e, conjuntamente, o patriarcado fraternal moderno são reproduzidos. A subjugação das mulheres e a superioridade masculina estão, ressalta-se, localizadas no centro da monogamia. Ao incorporar esse modelo de sexualidade como um padrão a ser seguido, o campo jurídico brasileiro, invariavelmente, promove a inferiorização de mulheres.

A monogamia possui uma força masculina não declarada. No entanto, quando esse modelo de sexualidade é aplicado, inevitavelmente deixa marcas. O abandono das mulheres que subvertem a ordem monogâmica, mostra-se como a marca mais nefasta deste poder. De maneira oculta, a fraternidade masculina se faz presente entre os Tribunais Superiores com o objetivo de manter a *ordem* masculina e a superioridade, principalmente patrimonial, dos homens.

Assim como nas Ordenações Filipinas, no Código Civil de 1916, no Código Civil de 2002 e nas doutrinas de Direito de Família, constata-se que a dominação masculina está presente nos julgados dos Tribunais Superiores. Ainda que este poder conste de maneira simbólica, quase que imperceptível, o inteiro teor dos acórdãos analisados nos fornecem pistas do porquê a monogamia ainda é imposta.

A partir dos capítulos primeiro e segundo, é possível percebermos uma transição entre os motivos que legitimaram e legitimam a subjugação das mulheres.

Na Europa, antes da colonização, e no Brasil, em seu período colonial, o controle das mulheres pelos homens era feito pelo casamento. Este controle justificava-se pela *desordem* das mulheres, que precisavam ser controladas para manter a paz social. A origem dessa *desordem*, como demonstrado, advém muito a história bíblica da Eva e Adão. Neste período, argumentava-se que o corpo feminino era misterioso e que as mulheres causavam um desequilíbrio no

pensamento dos homens. A bagunça causada pelas mulheres ocasionaria, aos olhos da sociedade da época, a desordem do Estado, que era originariamente comandada por homens. Aos olhos masculinos, o controle das mulheres era necessário para que a integridade do Estado fosse mantida.

A partir do Código Civil de 1916, com a chegada da ciência, é possível percebermos que o argumento de controle das mulheres pelos homens se modificou. Elas precisavam se subjugar em virtude de serem biologicamente mais fracas, mais sensíveis e menos inteligentes para as questões sociais e políticas. Como demonstrado ao longo do segundo capítulo, esse entendimento fez parte da formação do sistema civilista brasileiro e fundamentou, por muitos anos, a subjugação das mulheres aos homens.

A melhora na condição social das mulheres, com o consequente desenvolvimento de suas condições físicas, conjuntamente com a chegada das transformações tecnológicas, tornou o argumento biológico menos plausível. Nenhuma das doutrinas de Direito Civil analisadas, publicadas durante a vigência do Código Civil de 2002, fundamentam qualquer argumento jurídico com base em questões biológicas. Entretanto, a *superação* do argumento biológico não desencadeou o fim do poder masculino. Os homens continuam a sustentar o direito patriarcal sobre as mulheres por meio da força e violência (Carole PATEMAN, 2018).

O argumento da subversividade, presente na Europa e no Brasil Colônia, foi, de certa forma, resgatado para fundamentar o poder masculino na atualidade. Pateman (2023) explica que hoje as mulheres têm que ser submetidas aos homens por serem naturalmente subversivas à ordem masculina. O poder das mulheres viola a fraternidade da sociedade, fundada com base na irmandade masculina. Elas precisam ser comandadas para não causarem a desordem social[199].

O argumento da desordem social ou, precisamente, a *instabilidade* causada pelas mulheres está, como veremos, claramente presente dentre os julgados dos Tribunais Superiores, principalmente do Supremo Tribunal Federal. É, precisamente, a subversividade das mulheres quem fundamenta a imposição da monogamia hoje no Brasil. A família monogâmica, moralista e coerente, é imposta e não questionada para legitimar a lei do direito sexual masculino e para

[199] Segundo Pateman: "As mulheres são 'a eterna ironia da vida em comunidade', e 'quando as mulheres ocupam um cargo no governo, o Estado se encontra em imediato perigo'. Esses argumentos não são, de maneira alguma, de interesse histórico unicamente. Em que pese as mulheres terem conquistado cidadania nas democracias progressistas, ainda existe uma crença generalizada que elas não estão aptas para a vida política e que seria perigoso para o Estado estar sob sua responsabilidade. Esta crença é muito complexa. Uma de suas principais dimensões, que começarei a analisar neste ensaio, é a convicção de que as mulheres carecem de sentido de justiça e nem pode desenvolvê-lo" (tradução nossa) (PATEMAN, 2018, p. 34).

controlar, essencialmente, os prazeres e corpos das mulheres. Como veremos[200], embora este argumento esteja claramente presente em apenas alguns julgados (nos casos de Joana da Paixão Luz, Irani Luiza da Costa, Helena Valadares da Silva e Edja Santos de Barros), ele fundamenta quase todos os acórdãos analisados perante os Tribunais Superiores.

O fundamento de desordem utilizado pelos Tribunais Superiores foi também fomentado na teoria liberal que, como demonstrado, teve grande influência na formação do nosso sistema jurídico brasileiro. Esse argumento, no entanto, esteve presente na história antes mesmo da chegada dos teóricos liberais clássicos, mas ganhou força a partir do liberalismo clássico. Quem fundamentou e levou esse discurso adiante foi, por exemplo, Jean-Jacques Rousseau, que não teve nenhuma barreira moral para expor o seu pensamento a respeito das mulheres.

Em *Emílio ou da Educação* Rousseau argumenta que as mulheres, diferentemente dos homens, são egocêntricas e incapazes de controlar seus desejos sexuais insaciáveis. A fonte de desordem das mulheres está presente em sua inesgotável paixão sexual. Elas são, segundo a sua visão, incapazes de agir com moralidade na sociedade. Por serem seres "racionais", os homens têm paixões, mas conseguem controlar sua sexualidade para cuidar das questões políticas. Para Rousseau, as mulheres possuem apenas o pudor, sendo este apenas um freio para suas emoções. A ausência deste "freio" representaria a ruína da sociedade e de ambos os sexos. Os homens seriam as "vítimas" das mulheres, arrastados à morte sem a capacidade de defesa[201] (PATEMAN, 2023).

Ao tratar sobre a desordem causada pelas mulheres, Rousseau sustenta que o homem deve se preparar para o casamento – com uma mulher – como um soldado é preparado para a guerra. Emílio, seu pupilo, quer se casar logo e, por isso, Rousseau o aconselha que um homem não deve se preparar para a batalha diante de um inimigo, mas se prepara para ele antes de a guerra se iniciar. O homem deve entrar na guerra já preparado[202].

---

[200] A *desordem das mulheres* foi elencada como uma categoria de análise e será aprofundada adiante.

[201] "Rousseau sustenta que a fonte de desordem das mulheres advém de sua inesgotável paixão sexual. As mulheres, assegura – parafraseando Freud – são incapazes de se submeter e sublimar seus desejos sexuais do mesmo modo e com o mesmo alcance que os homens. Os homens constituem o sexo ativo e agressivo, e 'são controlados por sua natureza'; as mulheres, passivas e defensivas, apenas tem o controle blindado pela moderação. Por tudo isso, deve existir um duplo padrão de conduta sexual. se ambos os sexos se renderem de maneira igual a suas paixões, 'os homens [...] se converteriam, em ultima instância, em vítimas [das mulheres] e seriam arrastados para a morte sem a mínima capacidade de escapar'" (PATEMAN, 2018, p. 40).

[202] Analisando Rousseau, comentou Carole Pateman:

"Um homem deve se preparar para o casamento, como o soldado é preparado para a batalha. O tutor – Rousseau – diz a Emílio, que quer se casar logo, que 'um homem não se prepara para a batalha diante do inimigo, mas se prepara para ela antes da guerra. Ele já se apresenta para batalha totalmente preparado'. Emílio obedece a seu tutor e passa quase dois anos viajando e instruindo-se sobre política, inclusive sobre *O Contrato Social* antes de se casar. O corpo das mulheres é tão resistente e subversivo à vida política que Rousseau faz Emílio instruir-se sobre a cidadania antes de ser autorizado a conhecer os prazeres de ser um marido. Emílio está então pronto para o

A guerra, nesse contexto, é o casamento e, precisamente, a mulher. O corpo da mulher é tão subversivo e nefasto aos pensamentos do homem que Rousseau faz Emílio instruir-se sobre a vida política antes de ser autorizado a viver *os prazeres do homem casado*. Quando Emílio volta de sua preparação para a vida política, ele está então pronto para a guerra, pronto para se casar com Sofia, se tornando o seu senhor por toda a vida.

Por ser subversiva ao corpo do homem, Sofia precisa ser então controlada por Emílio e o seu controle será feito pelo casamento monogâmico heterossexual. Na família Rousseauniana, é o marido quem deve comandar a família. Como marido e *chefe de família* – expressão que aparecerá, como veremos, entre os julgados dos Tribunais Superiores -, Emílio pode assumir seu lugar de cidadão, mas Sofia, por ser inferior como todas as outras mulheres, deve se submeter ao seu marido e ser excluída da vida política. Sua exclusão é essencial para que a ordem prevaleça (PATEMAN, 2023)[203].

Rousseau não era o único filósofo a sustentar que as mulheres são uma força de caráter subversivo. Freud argumentava também que as mulheres são hostis com a civilização e que sempre estarão contra ela. Hegel também defendia que as mulheres são a eterna ironia da vida e que o Estado se encontra em constante perigo diante de sua presença (PATEMAN, 2018)[204].

A diferença sexual entre homens e mulheres possui uma grande importância nessas teorias para a ordem política. Freud argumentava que o trabalho da civilização se tornou cada vez mais de responsabilidade dos homens, confrontando-os com tarefas ainda mais difíceis e obrigando-os a fazer sublimações instintivas, das quais as mulheres são pouco capazes (PATEMAN, 2018). Em sua visão, elas são incapazes de superar sua hostilidade em relação à participação dos homens na vida civil e incapazes também de desenvolver um senso de

---

casamento, ele é um soldado capaz de vencer a batalha dos sexos e se tornar o 'senhor' de Sofia 'por toda a vida'. (PATEMAN, 2023, p. 150).

[203] Sobre a educação de Sofia:

"A educação de Sofia, tão completa mas tão diferente da de Emile, visa fomentar o pudor, a limpeza e a torná-la cordial com os homens, mas tal educação nunca será suficiente para superar a propensão feminina para a desordem. Como marido e chefe da família, Emílio pode assumir seu lugar de cidadão, mas Sofia, como todas as outras mulheres, têm que ser rigorosamente excluídas da vida política para que a ordem prevaleça." (PATEMAN, 2023, p. 150).

[204] Hegel entende, assim como Rousseau, que as mulheres são subversivas por sua própria natureza. Na obra *Fenomenologia do Espírito* ele argumenta que as mulheres causaram a derrocada do antigo mundo e que a antiga comunidade criou*:*

*"*o que ela elimina e ao mesmo tempo é essencial para ela: um inimigo interno – as mulheres de uma maneira geral. As mulheres – a eterna ironia na vida da comunidade – transformam pela perfídia a finalidade universal do governo numa finalidade privada, transformam a atividade universal em um trabalho de alguns indivíduos particulares, e pervertem a propriedade universal do Estado em um bem e em um ornamento da família" (HEGEL, 2014, p. 288).

justiça[205]. A subversividade de sua natureza corrompe os homens e, justamente por isso, precisam ser controladas. Apenas os homens são capazes de desenvolver um senso de justiça necessário para manter a ordem civil, como bons cidadãos. A subversividade das mulheres burla a *justiça* masculina[206].

Com a superação do argumento da diferenciação biológica e da suposta fraqueza da mulher em relação ao homem, é possível percebermos, como será adiante demonstrado, que o argumento da subversividade das mulheres, existente desde o Concílio de Trento e muito fundamentado pela teoria contratual clássica, ainda está presente dentre os julgados dos Tribunais Superiores.

As mulheres ainda são consideradas fonte de instabilidade. O Direito, portanto, se incide para controlar esse descontrole causado pelos seus corpos. Seguindo a tradição histórica, a monogamia, como veremos, continua sendo o principal mecanismo utilizado por esses Tribunais para fazer este controle do corpo feminino. A subversão à ordem monogâmica – originariamente masculina – é punida com o abandono em prol da *ordem* social e da *moral.*

3.6.1 As categorias de análise dos julgados: instrumentos jurídicos utilizados pelas Cortes Superiores para a perpetuação da monogamia e disseminação do contrato sexual

Para respondermos à pergunta problema proposta – *De que maneira o campo jurídico brasileiro, por meio de seus Tribunais Superiores, ao incorporar como padrão a sexualidade monogâmica, reproduz uma lógica de controle e inferiorização de mulheres?* – serão elencadas diversas categorias de análise que perpassam todos os julgados prolatados no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, presentes nos Anexos A e B desta pesquisa.

---

[205] Segundo Pateman:
"Rousseau e Freud oferecem um diagnóstico notavelmente similar acerca de por que as mulheres são incapazes de desenvolver um sentido de justiça. Ambos estão de acordo no fato de que, para as mulheres, a anatomia é o seu destino. As diferenças biológicas (naturais) que existem entre os sexos influenciam e se veem reflexas no caráter moral correspondente a cada uma delas. Rousseau sustenta que a fonte de desordem das mulheres está em sua inesgotável paixão sexual. As mulheres, assegura – prefigurando Freud – são incapazes de subjugar e sublimar seus desejos sexuais do mesmo modo e no mesmo alcance que os homens" (tradução nossa) (PATEMAN, 2018, p. 40).

[206] "A separação sexual é necessária porque mesmo as mulheres moderadas (as mulheres boas) constituem uma influência que corrompe os homens. Sua desordem sempre leva os homens a se distanciarem de sua virtude cívica e a burlar a justiça. A segregação é apenas uma medida preventiva; é inerte quando se trata de corrigir a desordem das mulheres." (tradução nossa) (PATEMAN, 2018, p. 44)

Essas categorias de análise resumem entendimentos proferidos no âmbito dos dois Tribunais Superiores que, direta ou indiretamente, promovem a subjugação das mulheres e a manutenção do contrato sexual.

Juntas, elas nos fornecerão subsídios para entendermos de que maneira o controle e a inferiorização das mulheres são feitos pelas Cortes Superiores a partir da imposição da monogamia.

As categorias de análise que a partir deste tópico serão apresentadas se constituem em verdadeiros *instrumentos jurídicos* para a perpetuação da monogamia e do contrato sexual. São mecanismos inerentemente jurídicos, mas que estão carregados dos históricos estigmas e discriminações sociais, vistos no Brasil desde sua colonização.

A partir do próximo tópico, as seguintes categorias de análise serão investigadas e discutidas, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

1) Relação entre concubinos estacionadas na esfera do direito obrigacional, constituição de sociedade de fato e a criação de lugares de não-direito;

2) Monogamia como um Princípio do Direito: elemento fundamental para a subjugação das mulheres;

3) A diferenciação entre os institutos do concubinato e união estável e a discriminação de mulheres que subvertem o regime monogâmico: marcas da imposição da monogamia no Direito brasileiro;

4) Hierarquização e valorização do casamento em detrimento da desvalorização das uniões estáveis constituídas por mulheres concubinas;

5) Interpretação dos casos com os olhos no passado;

6) Instabilidade das provas necessárias ao reconhecimento da união estável e as aplicações indevidas da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça;

7) Aplicação do Direito como a força necessária para controlar as paixões dissidentes e os corpos de mulheres. Mulheres como fonte de instabilidade e dignas de controle pela imposição da monogamia;

8) Proteção dos direitos da pessoa morta em detrimento da proteção da companheira/concubina viva: utilização de teses contraditórias pelas Cortes Superiores que prejudicam o reconhecimento de direitos às mulheres pleiteantes; e

9) Corrida Judicial para o Reconhecimento das Relações Amorosas Causada pela Monogamia e a Demarcação dos Corpos Incentivada pelo Campo Jurídico.

3.6.2 Relação entre concubinos estacionada na esfera do direito obrigacional, constituição de sociedade de fato e a criação de lugares de não direito

A promulgação da Constituição de 1988, como era de se esperar, não produziu seus efeitos de maneira imediata. Mesmo depois de mais de 29 (vinte e nove) anos após a sua promulgação, lugares de não direito foram e são criados pelos Tribunais Superiores, em violação aos direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna de 1988.

A partir da análise jurisprudencial, infere-se que até meados de 2001, a relação de concubinato não era enquadrada na esfera do Direito de Família. Independentemente do tempo de relação, o caso era destinado à esfera do Direito Obrigacional. Nesse período, sequer se levava em conta a afetividade enquanto um princípio do Direito.

Para que a concubina tivesse acesso financeiro a qualquer bem, para além do concubinato, deveria ficar comprovada a constituição da sociedade de fato. A concubina era tratada como sócia do seu *concubino*. A partir da Súmula n. 380[207], editada antes da promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal exigia a comprovação do esforço comum para a formação do patrimônio do casal. Somente com a comprovação deste esforço, a concubina receberia o que era seu de direito. Vejamos:

> Súmula n. 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. (BRASIL, 1964).

Nos Embargos no Recurso Especial n. 109.091/SP (analisado no Anexo A desta pesquisa), o Ministro Carlos Madeira colacionou em seu voto trecho de um julgado, analisado em 1975, que explica bem essa exigência:

> O concubinato pode produzir efeitos patrimoniais, não com base no direito de família, mas, sim, com fundamento no direito das obrigações. O que implica dizer que, por si mesmo, o concubinato não produz efeitos patrimoniais. Para obtê-los, é preciso que a concubina, além de demonstrar a existência do concubinato, prove que tenha havido uma sociedade de fato e daí decorre a partilha dos bens adquiridos em virtude do esforço comum dos concubinos -, ou, pelo menos, tenha havido prestação de serviços a merecer remuneração.

[207] A Súmula foi publicada no Diário de Justiça de 12 de maio de 1964.

> Portanto, os efeitos patrimoniais do concubinato resultam da demonstração ou de uma sociedade de fato, ou da prestação de serviços ao concubino.
> Por outro lado, para a concorrência da sociedade de fato não há mister que a colaboração da concubina se dê necessariamente com a entrega de dinheiro ao seu concubino, seja ele, ou não, produto de trabalho, fora do lar; admite-se que essa colaboração possa decorrer do próprio labor doméstico nos casos em que, graças à administração do lar pela mulher, se façam, ou se ampliem economias, graças às quais se forma o patrimônio comum. Essa hipótese evidentemente não ocorre quando o concubino, antes do concubinato, já era rico, e a concubina não demonstra que, graças ao seu trabalho no lar, o homem veio a ampliar, ainda mais, seu patrimônio (BRASIL, 1975, p. 397, apud BRASIL, 1988, p. 449).

O caso de Maria Helena Vilela de Araújo (Embargos no Recurso Especial n. 109.091/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1988) demonstra claramente os problemas relacionados a esta questão.

Maria conheceu seu companheiro Paulo, desquitado à época, quando era sua estagiária, e com ele manteve relacionamento afetivo duradouro, por mais de 12 (doze) anos. Os dois tiveram um filho juntos. Quando o filho do casal nasceu, Paulo pediu expressamente que Maria Helena parasse de trabalhar para cuidar da criança. Seu sustento foi bancado por Paulo durante todos esses anos. Maria era dependente econômica.

Ao analisar a situação, o Supremo Tribunal Federal logo mencionou que, em virtude de Paulo ser desquitado, o caso estava estacionado na esfera do direito obrigacional, e não familiar. Para tanto, o voto vencedor ponderou que, para a configuração da sociedade de fato, deveria existir a comprovação de que a concubina contribuiu financeiramente ou prestou serviços ao concubino ao tempo da relação.

Por maioria dos votos, o Supremo decidiu que Maria Helena apenas contribuiu para a formação do patrimônio do casal quando trabalhou como estagiária para Paulo, em um curto período, antes do nascimento do filho. Em que pese o entendimento do Supremo em considerar o trabalho doméstico – entendimento este isolado -, todo o período em que Maria deixou de trabalhar, a mando de Paulo em virtude do nascimento do filho, foi desconsiderado para fins de partilha de bens.

A destinação da relação concubinária ao direito obrigacional desconsiderava todos os aspectos íntimos e afetivos que estavam presentes na relação. A relação concubinária era investigada a partir de parâmetros puramente societários e patrimoniais. O Tribunal desconsiderava a concubina, enquanto efetiva companheira, para enquadrá-la como sócia do homem. A análise era pragmática e simplificava relações que eram complexas, marcadas por questões pertinentes ao Direito de Família.

A importância de Maria Helena para Paulo, como em tantos outros casos, foi desconsiderada pelo Supremo. Questões relevantes, como a dependência econômica de Maria,

o trabalho de cuidado prestado ao filho e à casa do casal durante todos esses 12 (doze) anos, sequer foram aprofundadas ao longo dos votos.

Nem mesmo a existência do filho do casal autorizou a categorização da situação como um caso de Direito de Família. Essa situação demonstra a importância e a hierarquia do casamento para o Direito à época. Paulo não estava casado na prática. Quando conheceu Maria, estava desquitado e, mesmo assim, a relação entre eles não foi considerada como uma relação familiar.

A partir da análise dos precedentes colacionados nos Anexos A e B desta pesquisa, percebe-se que a simplificação das relações afetivas, destinadas ao Direito Obrigacional, causou inúmeras injustiças às mulheres, vez relegou-as à invisibilização, principalmente financeira.

Mulheres como Maria Helena, saíram desamparadas financeiramente de relações amorosas longas, mesmo diante da prestação de serviços domésticos no lar, que indiscutivelmente, afetavam o patrimônio comum do casal.

A exigência de contribuição financeira para a autorização da partilha de bens à época dos fatos pode ser considerada, de certa forma, como um mecanismo utilizado pelo próprio campo jurídico para manter o patrimônio intacto nas mãos dos homens, isto é, para manter a concentração de riqueza nas mãos dos homens.

Nesta época, em 1988, o acesso das mulheres ao mercado de trabalho era dificultoso, pois mais da metade das mulheres brasileiras não estava trabalhando de maneira remunerada fora do lar (Ana Luiza BARBOSA, 2014). Mais difícil ainda era uma mulher conseguir comprovar que contribuiu financeiramente para a formação do patrimônio comum do casal em uma quantidade minimamente adequada[208].

O campo jurídico brasileiro, ao destinar essas relações para fora do Direito de Família, invisibilizou e inferiorizou todo o papel que essas mulheres, concubinas, exerceram nas relações afetivas.

Dos precedentes a serem citados neste tópico, é possível percebermos que a própria lógica de configuração da sociedade de fato ensejava a ocupação, pelos homens, de um papel superior em relação à mulher. Como regra, era a mulher que precisava se esforçar para ter acesso a algum direito. Era ela quem deveria comprovar, aos tribunais de origem e, por conseguinte, aos Tribunais Superiores, que de fato contribuiu financeiramente para a formação do patrimônio do casal. Do mesmo, era ela quem deveria prestar serviços ao concubino. A inferiorização da

[208] Segundo Ana Luiza Barbosa (2014), em 1992, apenas 52,5% das mulheres estavam inseridas no mercado de trabalho.

mulher já estava pressuposta dentre os fundamentos da sociedade de fato, mesmo diante da vigência da Constituição Federal de 1988. A fraternidade masculina certamente fundou as bases da sociedade de fato.

É também possível percebermos a presença da fraternidade masculina no caso de Teresa de Jesus Morais Barroso (Recurso Extraordinário n. 161.320/Rio de Janeiro julgado no âmbito do Supremo Tribunal Federal).

Teresa e Sérgio tiveram uma relação afetiva durante aproximadamente 13 (treze) anos. Por todo esse período, moraram juntos na mesma casa. Ao término do relacionamento, Teresa pleiteou o reconhecimento de sua sociedade de fato.

Embora estivesse comprovada a duração da relação e o fato de que ambos moravam juntos na mesma casa, a partilha de bens não foi concedida à Teresa pelo tribunal de origem, em virtude de ela ter *salário insuficiente para manter-se e ajudar o companheiro a adquirir o patrimônio.* O tribunal de origem também fixou o entendimento de que as atividades domésticas, prestadas comprovadamente por Teresa, eram insuficientes para autorizar a partilha de bens a seu favor.

O Supremo Tribunal Federal ratificou esta decisão, não concedendo qualquer direito à Teresa. Assim como Paulo, Sérgio saiu com seu patrimônio intacto da relação.

Neste caso, diferentemente de Maria Helena, Teresa, ainda que ganhasse pouco, trabalhava de maneira remunerada fora lar. Para além do trabalho remunerado, as atividades domésticas prestadas por ela também estavam comprovadas, pois no primeiro grau de justiça a partilha lhe foi concedida a partir deste argumento.

A união do campo jurídico em prol da proteção do patrimônio do homem é clara. Blindava-se de todos os jeitos o patrimônio masculino contra a mulher. Em nenhum dos casos analisados houve o efetivo reconhecimento da sociedade de fato, isto é, nenhuma mulher conseguiu comprovar, nos parâmetros exigidos pelo Supremo Tribunal Federal, que contribuiu com seus próprios esforços para a formação do patrimônio comum.

Este fato, por si só, comprova como a fraternidade masculina estava presente no Supremo Tribunal Federal no período de julgamento dos casos.

Situação similar a de Teresa de Jesus Morais pode ser vista no caso de Alzureina Monteiro Martins (Recurso Extraordinário n. 158.700/RJ – julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2001).

Alzureina Martins manteve uma relação afetiva com Ruy por mais de 30 (trinta) anos, habitando com ele em um apartamento em Jacarepaguá, no Rio de Janeiro. Ao tempo da relação, Ruy também era casado com Odete Neves, com quem teve dois filhos.

Após o falecimento de Ruy, Alzureina procurou o reconhecimento de sua sociedade de fato, com a meação de bens, contra o espólio do *de cujus*.

O primeiro grau de justiça reconheceu a formação da sociedade de fato e extinguiu-a, com a respectiva meação de bens. No segundo grau, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para negar o reconhecimento da sociedade de fato, ponderou que Alzureina *sempre foi pobre*, não podendo ter contribuído na compra de nenhum bem de Ruy.

Em análise, o Supremo Tribunal Federal novamente ratificou a decisão de segundo grau. O fato de Alzureina não ter as mesmas posses que Ruy, à época dos fatos, foi o fator legitimador do não reconhecimento da sociedade de fato. Em todo o acórdão, é mencionado que Alzureina não tinha tantas condições financeiras, vez que era *tão apenas aposentada como professora pelo Instituo Nacional de Previdência Social* (INSS).

O caso de Alzureina, conjuntamente com o caso de Teresa de Jesus Morais comprovam que o trabalho fora do lar não era o bastante para o reconhecimento da sociedade de fato. A mulher teria que, minimamente, ganhar bem no mesmo patamar do seu *sócio* para ter direito a algum patrimônio. Em meados de 2000 – quase o ano em que foi julgado o caso de Alzureina, segundo dados dos Censos Demográficos do IBGE, as mulheres recebiam cerca de 31,60% (trinta e um vírgula sessenta por cento) a menos que os homens. Como exigir a mesma contribuição patrimonial diante de um cenário tão desigual? (FOLHA DE SÃO PAULO, *online*, 2015).

O caso de Alzureina foi o último a ser julgado com base na sociedade de fato. No entanto, lugares de não-direito continuaram sendo criados pelo Supremo Tribunal Federal. O caso de Ricardo (Recurso Extraordinário n. 1.045.273/SE – Tema n. 529, julgado em 2020) é um exemplo disto.

Em suma, Bruna e Antônio tiveram, por anos, um relacionamento afetivo. Após um tempo e, diante da estabilidade da relação, buscaram o reconhecimento jurídico da união estável. Paralelamente à união com Bruna, Antônio manteve relação afetiva estável com Ricardo, por aproximadamente 11 (onze) anos.

Como veremos adiante, em virtude de sua união estável com Bruna, a partir do *postulado da monogamia*, a relação de Ricardo e Antônio não foi reconhecida.

Como foi feito entre os anos 1988 e 2001, o Ministro Alexandre de Moraes, no caso de Ricardo, destinou a sua relação com o Antônio para fora da seara do Direito de Família, nos termos da legislação infraconstitucional. Vejamos:

> (...) que seria incompatível com o deferimento de *status* jurídico a duas uniões estáveis, de maneira que essa relação deve ser enquadrada juridicamente fora da seara

> do direito de família, nos termos da legislação infraconstitucional (BRASIL, 2020, p. 10).

Tendo em vista esse posicionamento, questiona-se: Em que área do Direito se encaixará a relação entre Antônio e Ricardo, se não no âmbito do Direito de Família?

A violação ao *dever* da monogamia destina as pessoas para lugares de não direito. Os corpos subversivos, por sua vez, em sua grande maioria de mulheres, são destinados então ao limbo, à escuridão e ao desamparo. Diante da violação desse dever, o Direito fecha a suas portas da *justiça*, destinando essas pessoas ao abandono.

Dos julgados até aqui analisados, principalmente envolvendo os casos de Maria Helena, Teresa de Jesus e Alzureina, é possível percebemos que o contrato sexual está no cerne não só do sistema jurídico, mas da sociedade em que essas mulheres viveram.

O contrato sexual, por fundar uma sociedade patriarcal em sua integralidade, também se fez presente no âmbito do acesso das mulheres ao mercado de trabalho. Muitas das vezes, mulheres como Maria Helena, tiveram que deixar o seu trabalho remunerado para exercer a maternidade e o trabalho de cuidado que, em regra, não é exercido por homens na mesma proporção[209].

O contrato sexual também influenciou a equiparação salarial das mulheres com os homens ao longo dos anos. Até hoje elas não possuem a equidade salarial. Segundo dados fornecidos pelos Ministérios do Trabalho e Emprego e das Mulheres no ano de 2024, as mulheres ainda recebem cerca de 19,4% (dezenove vírgula quatro por cento) a menos que os homens (BRASIL, *online,* 2024).

O campo jurídico, ao exigir das mulheres uma boa contribuição financeira, no mesmo patamar do companheiro *sócio*, para o reconhecimento da sociedade de fato, compactuou com o próprio contrato sexual, vez que a situação financeira das mulheres naquela época era claramente pior que a dos homens. Evidentemente, elas dificilmente teriam as mesmas condições financeiras que os homens para contribuir na formação do patrimônio. Ao exigir esse patamar financeiro elevado, o Supremo Tribunal Federal, silenciosamente e sob argumentos jurídicos – que são legitimados por serem jurídicos -, retirou o direito de as mulheres terem acesso ao patrimônio do companheiro.

---

[209] Segundo dados do IBGE (2022), no ano de 2022, as mulheres dedicaram 9 horas e 6 minutos por semana a mais do que os homens aos afazeres domésticos ou aos cuidados de pessoas. A desigualdade na divisão de tarefas permanece igual mesmo entre os trabalhadores. Em média, as mulheres que trabalharam fora do lar, no ano de 2022, se dedicaram 6 horas e 8 minutos a mais que os homens ocupados aos afazeres domésticos e ao trabalho de cuidado.

A designação das relações de concubinato para fora do Direito de Família e a constituição da sociedade de fato são exemplos de como o patriarcado fraternal moderno fundamentou o nosso sistema jurídico brasileiro. Aparentemente são institutos jurídicos neutros, mas que estão permeados pelo contrato sexual e pela fraternidade masculina.

De igual modo, a monogamia, ainda que não mencionada nos julgados citados, produz seus efeitos. Este foi o modelo de sexualidade que regeu todas as relações analisadas. Como vimos nos casos de Maria Helena, Teresa e Alzureina, a superioridade masculina esteve presente. O contrato sexual constitui-se em uma espécie de força motora da monogamia. Por estar na base desse modelo de sexualidade, invariavelmente o campo jurídico brasileiro, por meio de seus tribunais, reproduz o próprio contrato sexual.

3.6.3 Monogamia como um Princípio do Direito: elemento fundamental para a subjugação das mulheres

O Supremo Tribunal Federal somente enfrentou a questão da monogamia após mais de 20 (vinte) anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988. Embora tenha analisado o caso de Maria Helena, que envolveu relações plúrimas, a Corte Superior sequer mencionou a palavra *monogamia*. No entanto, apesar de não ser citado, este instituto regulador esteve no cerne do julgamento do caso analisado em 1988.

Somente em 2008, no caso de Joana da Paixão Luz (Recurso Extraordinário n. 397.762/Bahia), o Supremo Tribunal Federal apresentou o seu posicionamento jurídico a respeito da matéria. Antes do caso de Joana, recursos como o de Alzureina Monteiro Martins, foram dirigidos à Corte questionando a lógica de exclusão feita pelo sistema jurídico. Caso fossem conhecidos, certamente a Corte teria que adentrar na matéria para o julgamento. No entanto, por meio dos artifícios jurídicos – como o não conhecimento recursal -, por muitos anos o Supremo se esquivou de analisar a problemática da monogamia.

O processo de Joana da Paixão Luz é um dos mais emblemáticos no âmbito dos dois Tribunais. Como bem detalhado no Anexo A desta pesquisa, Joana da Paixão e Valdemar do Amor tiveram um relacionamento íntimo afetivo por mais de 37 (trinta e sete) anos. Juntos, conceberam 9 (nove) filhos. Ao tempo de toda relação com Joana, Valdemar era casado e, com a sua esposa, também teve mais de 10 (dez) filhos. Joana da Paixão tentou obter o rateio da pensão por morte em concorrência com a viúva de Valdemar.

O Ministro Relator Marco Aurélio, em seu voto vencedor, iniciou sua manifestação por meio da análise da monogamia. Diferentemente do que veremos adiante, em 2008 o Ministro

não elencou a monogamia como um princípio do direito ou como um dever. Nesse primeiro momento, ponderou que a monogamia era *aconselhável, objetivando a paz entre o casal.* Embora fosse aconselhável, ela não se faria presente como um requisito para o reconhecimento da união estável.

No plano ideal, a monogamia, sob a perspectiva do Ministro, não seria então uma imputação obrigatória aos indivíduos. No entanto, esse argumento logo esbarra no fundamento apresentado pelo Relator.

Para aprofundarmos a análise em relação ao fundamento constitucional apresentado pelo Supremo Tribunal Federal, necessário antes destacarmos os fundamentos constitucionais presentes no art. 226 da Constituição Federal que regulamentam a família brasileira:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
> § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
> § 3º 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. (Regulamento)
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento
> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

A partir de uma interpretação literal, percebe-se que o dispositivo não regulamenta a família em seu aspecto monogâmico necessariamente. Ao tratar da união estável no §3º, a Constituição apenas prevê a obrigatoriedade de a lei, infraconstitucional, facilitar a sua conversão em casamento. No entanto, a união estável é reconhecida como um instituto familiar único. Não necessariamente ela precisará ser convertida em casamento.

Esse, porém, não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Em 2008, para a Corte Superior, o mencionado art. 226, ao prever a possibilidade de conversão da união estável em casamento, estaria concedendo uma maior proteção ao casamento. Por sua vez, a união estável não poderia ser convertida em casamento caso não estivesse presente o requisito da monogamia, isto é, a relação de união estável só poderia ser

convertida em casamento, nos moldes constitucionais, se os envolvidos não estivessem relacionados ou casados com outra pessoa.

Ressalta-se que, em nenhum momento, a Constituição de 1988 elenca a monogamia como um dever ou como um princípio. O objetivo do art. 226 foi, tão apenas, reconhecer a união estável e facilitar a sua conversão em casamento, caso os envolvidos tenham o interesse. O regramento constitucional não teceu detalhes ao modelo de sexualidade que iria reger a união estável ou o casamento.

A interpretação confusa e, ao nosso ver, incoerente da Constituição pelo Supremo, para ganhar peso, foi complementada por fundamentos jurídicos infraconstitucionais. Quer dizer, o fundamento jurídico do modelo de sexualidade que rege todo o sistema jurídico brasileiro ganhou peso apenas com a legislação infraconstitucional, vez que a Constituição nada trata a respeito da monogamia.

No caso de Joana da Paixão Luz, a monogamia foi fundamentada a partir do crime de adultério, que esteve presente no art. 240 do Código Penal. Ocorre que o crime de adultério já estava revogado há, pelo menos, três anos quando do julgamento do caso de Joana. Embora estivesse vigente ao tempo da relação de Joana e Valdemar, ao tempo do julgamento, o crime já estava revogado, sendo inviável juridicamente a fundamentação neste argumento.

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia foi além do voto vencedor de Marco Aurélio. Em sua visão, o art. 226 da Constituição abarca uniões dotadas de equilíbrio e estabilidade. A presença de relações paralelas desestabilizaria a primeira relação constituída.

Ora, a partir do detalhamento dos fatos feito no Anexo A do caso de Joana da Paixão, é possível mesmo afirmarmos que a relação entre Joana e Valdemar era instável? Ou que a relação entre Valdemar e sua esposa se enfraqueceu durante sua relação paralela? As provas dos autos indicam que, na verdade, a relação de Joana e Valdemar era pública, estável e contínua. Durante os 37 (trinta e sete) anos, Valdemar manteve duas relações afetivas concomitantes. Não há como negar que a pluralidade das relações não gerou instabilidade para os núcleos familiares.

Em verdade, a relação de Valdemar do Amor e Joana preenchia todos os requisitos necessários para o reconhecimento da união estável, pois era pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituição de família. Embora Valdemar não pudesse se casar com Joana, de fato ele constituiu família com ela. Não é à toa que tiveram, juntos, 9 (nove) filhos.

A partir do caso de Joana, é possível percebermos que os fundamentos utilizados pela Corte Superior são temerários. Na verdade, não há fundamento constitucional para a imposição da monogamia. O Tribunal busca saídas alternativas para impor esse modelo de sexualidade aos indivíduos.

Os mesmos argumentos utilizados em relação à Joana, foram aplicados no caso de Irani Luiza da Costa (Recurso Extraordinário n. 590.779/Espírito Santo julgado pelo Supremo em 2009). No caso, sedimentou-se o entendimento de que as relações plúrimas, figuradas por Irani, por exemplo, sempre serão um fator de instabilidade e, por isso, precisam ser banidas.

Os precedentes envolvendo os casos de Joana e Irani não deixam bem claro qual o lugar assume a monogamia em nosso sistema jurídico brasileiro. Apenas no julgamento do Tema n. 529, o Supremo Tribunal esclarecerá melhor em qual patamar jurídico esse modelo de sexualidade se insere.

No caso de Ricardo (Recurso Extraordinário n. 1.045.273/SE – Tema n. 529, julgado em 2020), o Supremo Tribunal pautou sua análise nos dois supracitados precedentes envolvendo Joana e Irani. Ressalta-se que o processo de Ricardo foi julgado mais de 12 (doze) anos depois do caso de Joana. Os precedentes foram aplicados sem qualquer revisão constitucional do tema.

Do mesmo modo como foi feito nos casos anteriores, alto enfoque foi dado ao art. 226 da Constituição. A partir de sua redação, conjuntamente com o art. 1.521 do Código Civil[210] – que regulamenta que pessoas casadas não podem se casar novamente -, foi fixado o entendimento de que o sistema jurídico brasileiro se pauta no *princípio da monogamia.* Vejamos a ementa do julgado, com as principais teses fixadas:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma

[210] Art. 1.521. Não podem casar:
I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
II - os afins em linha reta;
III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
V - o adotado com o filho do adotante;
VI - as pessoas casadas;
VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (BRASIL, 2002).

> do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro". 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
> (RE 1045273, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21-12-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-066 DIVULG 08-04-2021 PUBLIC 09-04-2021) (grifos acrescidos ao original)

Para fundamentar essa ideia, os Ministros também se pautaram nos seguintes dispositivos do Código Civil:

> Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.
> § 1 º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.
> § 2 º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.
> § 3 º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil. (BRASIL, 2002).
>
> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
> I - fidelidade recíproca;
> (...) (BRASIL, 2002)
>
> Art. 1.723. 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.
> § 1 º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
> § 2 º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. (BRASIL, 2002)
>
> Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. (BRASIL, 2002)

> Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. (BRASIL, 2002)

De um conselho, milagrosamente a monogamia foi transformada em princípio. Não seguir este princípio, nos termos do voto vencedor do caso de Ricardo, representaria a caracterização do crime de bigamia, presente no art. 235 do Código Penal. Novamente, o fundamento infraconstitucional reaparece para fundamentar um princípio do Direito.

Ressalta-se que o voto vencedor, que elencou a monogamia como um princípio, não colacionou em seu corpo qualquer fundamento jurisprudencial ou doutrinário sobre o assunto. Apenas os fundamentos infraconstitucionais, seguido do art. 226 da Constituição, se fizeram presentes. Vejamos:

> Por todo o exposto, concluo que a existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, §3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamento hétero ou homoafetivos (BRASIL, 2020, p. 10).

Novamente, questiona-se: onde está localizado o princípio de exclusividade ou da monogamia que serve de esteio para o reconhecimento da união estável? A resposta só pode ser uma: na norma infraconstitucional.

Sabe-se que o Código Civil de 2002 foi elaborado antes mesmo da Constituição Federal de 1988. Elementos machistas, segregadores e patriarcais fazem-se, como demonstrado ao longo de todo este trabalho, presentes em seu texto. Ao interpretar casos como o de Joana e Ricardo com base nos parâmetros presentes no Código, invariavelmente o Supremo reproduz os termos do patriarcado fraternal moderno. Entre a interpretação mais ampla e igualitária, presente na Constituição, e a segregadora e patriarcal, presente no Código, o Supremo concedeu primazia ao que diz o Código e, para justificar, se utilizou do art. 226 da Constituição que nada trata sobre monogamia.

Embora a tese de que a monogamia seja um princípio tenha sido a vencedora no caso de Ricardo, alguns Ministros, como Luis Roberto Barroso, externaram dúvidas em relação a categorização deste modelo de sexualidade como um princípio. Diante da falta de fundamentos constitucionais, é possível percebermos, novamente, que os Ministros se esquivam de analisar a questão, mesmo diante de casos que dizem respeito unicamente à monogamia. É como podemos ver, por exemplo, no voto de Luis Roberto Barroso:

> Respeito todas as opiniões que as pessoas têm sobre o casamento, sobre a família. Porém, não estamos diante de opiniões nem escolhas filosóficas. Estamos diante de uma situação de fato, e as pessoas têm direito à própria opinião, mas não têm direito aos próprios fatos. Não importa o que cada um ache desse indivíduo ter convivido em uma união estável com duas pessoas. O fato existiu, e precisamos dar alguma consequência jurídica a ele.
> Portanto, aqui, chego à conclusão do meu voto para dizer que não está se discutindo nem a questão da monogamia nem a questão da legitimidade de duas uniões estáveis simultâneas. O que se tem são duas pessoas carentes, hipossuficientes, disputando a divisão de uma pensão previdenciária. Não é uma questão de família propriamente e em rigor, mas uma questão predominantemente previdenciária. (...)
> Não estou me manifestando sobre a legitimidade ou não de duas Uniões estáveis simultâneas, e não o faço, por achar não ser preciso e por ter uma opinião clara sobre isso.
> Sabemos que houve a convivência paralela e concomitante das duas relações, e nem sequer se sabe qual ocorreu primeiro. Nesse quadro fático, não consigo imaginar nenhuma solução se não a bíblica solução salomônica de se dividir –e aqui é possível dividir –a pensão lamente conviveram com esse cavalheiro que foi a óbito (BRASIL, 2020, p. 5). (grifos acrescidos)

Apesar de não querer enfrentar esta questão, para o Ministro Luis Roberto Barroso "na sociedade ocidental e na sociedade brasileira, a monogamia é um princípio moral indiscutível" (BRASIL, 2021, p. 4). Indiscutível para quem? Para o Direito? O valor deste princípio não condiz com a realidade brasileira.

A monogamia ora aparece como um dever, ora aparece como um princípio. No caso de Helena Valadares (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 619.002/Minas Gerais – julgado pelo Supremo Tribunal em 2021), ela aparece como um modelo de sexualidade aconselhável. Do mesmo modo como foi feito no caso de Joana e Ricardo, o paradigma da monogamia foi extraído do art. 226, §3º da Constituição Federal.

No caso de Rosemary do Rocio (Recurso Extraordinário n. 883.168/Santa Catarina – Tema n. 526, julgado pelo Supremo em 2021), o Supremo repetiu os mesmos argumentos jurídicos para a fundamentação da monogamia.

A mesma lógica de fundamentação segue no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. No caso de Edja Santos de Barros (Recurso Especial nº 1894963/Alagoas – julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2021), a Corte fundamentou a monogamia com base no art. 1.521, inciso VI e art. 1.724 do Código Civil. A monogamia foi fundamentada a partir da impossibilidade de bigamia, bem como dos deveres de fidelidade e lealdade, todos presentes em norma infraconstitucional.

O ponto interessante no caso de Edja se faz presente no voto da Ministra Relatora. Em um dado momento, ela colacionou uma doutrina do civilista Rolf Madaleno editada no sentido de que a infidelidade traz perturbação para dentro da ordem conjugal. Vejamos:

> O Código Civil define o concubinato como sendo as 'relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar' (art. 1.727), mas, logicamente, não inclui nesse conceito as pessoas casadas, mas separadas de fato ou divorciadas, habilitadas, portanto, a constituir união estável. O impedimento para uma nova união não se encontra no estado civil da pessoa, a qual pode ser casada ou manter uma relação de união estável, mas desde que esteja faticamente separada do cônjuge ou precedente companheiro. A censura da lei incide sobre o paralelismo dessas uniões, tendo em conta o princípio da monogamia, não visto apenas como uma norma moral, mas sim como um preceito básico e organizador das relações jurídicas da família brasileira, como forma de organização, representando um envolvimento afetivo paralelo, de curta ou longa duração, uma indisfarçável infidelidade que continua trazendo perturbação para dentro da sociedade conjugal ou convivencial de orientação monogâmica. O princípio da monogamia encontra eco no artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil, quando proíbe novo casamento de pessoa casada, sob pena de nulidade das segundas núpcias (CC, art. 1.548, inc. II), sendo inclusive a bigamia tipificada como crime pelo artigo 235 do Código Penal. (...) Da leitura do artigo 1.724 do Código Civil, não remanescem dúvidas acerca das relações pessoais entre os companheiros obedecerem aos deveres da lealdade, entendendo-se como condições elementares para a configuração da união estável a exclusividade do relacionamento. Portanto, em sintonia com o § 1o do artigo 1.723 do Código Civil, o casamento antecedente, ou a união estável precedente, ausente de uma separação de fato ou de corpos, impede a constituição legal de outra união estável ou de um segundo matrimônio. (....) Não constitui outra família quem prossegue residindo com a esposa e com os filhos conjugais, pois é pressuposto da vontade de formar família estar desimpedido para formalizar pelo matrimônio, ou pela via informal da união estável, uma entidade familiar. Aliás, querendo constituir família com a amante, tudo o que o bígamo precisa fazer é romper de fato ou de direito a sua relação com a outra pessoa, ficando até dispensado do divórcio judicial ou extrajudicial, porque com gesto simples de romper factualmente o passado lhe basta para assentar no presente uma relação de fidelidade e de exclusividade com o novo parceiro, e esta é a atitude suficiente para concluir pelo fortalecimento dos laços da nova relação e de que concentrou seus desejos e esforços em uma nova e única entidade familiar" (MADALENO, ROLF. in Direito de família. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.179/1.184) (MADALENO, 2017, apud, BRASIL, 2021, p. 35)

O mesmo posicionamento dos Tribunais Superiores pôde ser visto nos casos de Maria do Socorro Ximenes (Agravo Interno no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.424.071/RO julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2022) e Lúcia Maria (Recurso Especial nº 1.974.218/AL – julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2022). No caso de Maria do Socorro, a aplicação do Tema n. 526 foi feita de maneira fria e direta, sem a análise das peculiaridades do caso.

A partir dos casos de Joana da Paixão, Irani Luiza da Costa, Ricardo, Helena Valadares, Rosemary do Rócio, Edja Santos, Maria do Socorro Ximenes e Lúcia Maria, é possível constatarmos que a monogamia foi posicionada no centro do Direito pelos Tribunais Superiores. Seja como um *conselho*, seja como um dever ou um princípio do Direito, ela fundamentou a exclusão de todas essas mulheres e de Ricardo.

Seu fundamento jurídico é extraído a partir de uma interpretação restritiva do art. 226 da Constituição e complementado a partir da legislação infraconstitucional. Certamente, a

ausência de previsão do tema na Constituição fez com que o Supremo demorasse tantos anos para enfrentar essa problemática.

O fundamento jurídico da monogamia é frágil, mas ela foi imposta em todos os casos analisados até aqui. A aplicação deste modelo de sexualidade sem os fundamentos adequados, como um mecanismo de exclusão, demonstra como os Tribunais Superiores estão também compactuados com o contrato sexual. A despeito da inexistência de previsão na Carta Magna de 1988, os Ministros do Supremo adotam saídas alternativas para aplicar esse modelo de sexualidade segregador, em contrariedade ao que dispõe o regulamento constitucional.

Diante da ausência de previsão constitucional, a única saída encontrada pelos Ministros foi a legislação infraconstitucional. É, basicamente, o Código Civil quem fundamenta a monogamia em todo o nosso ordenamento jurídico brasileiro. A exclusão é feita em contrariedade aos princípios e direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988.

Por fim, questiona-se: qual finalidade o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça querem alcançar por meio da aplicação da monogamia? Embora esta resposta seja mais bem aprofundada em tópico próprio, percebe-se desde já, que o fundamento recai na necessidade de controle da desordem causada pela sexualidade, principalmente, de mulheres.

A monogamia, base do sistema jurídico brasileiro, é o vetor da exclusão das mulheres. É o vetor também da superioridade masculina. Ao imputar esse modelo de sexualidade, o sistema jurídico brasileiro também reproduz o contrato sexual. O contrato sexual está no cerne da monogamia.

3.6.4 A diferenciação entre os institutos do concubinato e união estável e a discriminação de mulheres que subvertem o regime monogâmico: marcas da imposição da monogamia no Direito brasileiro

A Constituição Federal de 1988, por prever a dignidade, a igualdade e a liberdade dentre os direitos fundamentais dos cidadãos, nada regulamentou sobre o concubinato no art. 226. No entanto, na mesma linha do que fez o antigo Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 não perdeu a oportunidade de regulamentar o tema. O art. 1.727, como demonstrado, passou a regulamentar que as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de se casar, constituem concubinato.

Embora o tema tenha sido regulamentado desde 2002, apenas em 2008, no caso de Joana da Paixão Luz e Valdemar do Amor, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão.

Foi a partir do caso de Joana e Valdemar que o Supremo Tribunal Federal diferenciou os institutos jurídicos do *concubinato* e *união estável,* bem como *companheira* e *concubina.* São termos jurídicos que implicam, necessariamente, situações diferenciadas. Enquanto a companheira é protegida pelo sistema jurídico brasileiro, a concubina é destinada ao abandono. O termo concubina carrega, como logo veremos, diversos estigmas discriminatórios.

A provas dos autos comprovaram que embora Valdemar fosse casado, a relação entre ele e Joana da Paixão era pública, contínua e estável. Juntos, eles formaram uma família.

Ao solicitar o rateio da pensão ao primeiro grau de justiça, o juízo cível do Estado da Bahia não acolheu a pretensão de Joana. No entanto, no segundo grau, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia entendeu, com fundamento no art. 226, §1º da Constituição, que Joana tinha direito à pensão. A relação entre ela e Valdemar do Amor foi reconhecida como união estável, ainda que paralela a um casamento em vigor. A estabilidade e a publicidade do relacionamento, bem como a vida dupla de Valdemar, foram reconhecidas pelo juízo de origem.

Foi justamente em virtude do reconhecimento da união estável pelo tribunal de origem, que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão diferenciando a união estável e o concubinato.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a união estável só pode ser configurada quando as duas pessoas envolvidas – no caso o homem e a mulher – estão desimpedidas para se casarem. Com base na monogamia, foi fixado o entendimento de que, quando há casamento vigente, a relação paralela se caracteriza como concubinato, nos termos do art. 1.727 do Código Civil.

Repita-se: a relação de Valdemar do Amor e Joana da Paixão durou mais de 37 (trinta e sete) anos. Inquestionavelmente os dois, juntos, formaram uma família.

O fato de Valdemar ser casado à época do relacionamento com Joana, fez com que o Supremo a destinasse ao limbo. O princípio da monogamia, por ser segregador, protege, desde 2008, tão apenas o casamento, independentemente das características e peculiaridades da relação paralela, como no caso de Joana. Por ter se envolvido com um homem casado, sua má-fé é diretamente caracterizada pelo Direito. Assim como tantas outras mulheres, Joana foi nulificada mesmo depois de ter se dedicado à Valdemar por mais de 37 (trinta e sete) anos.

A mesma situação pôde ser percebida a partir do caso de Alzureina, que teve uma relação amorosa com um homem casado por mais de 30 (trinta) anos. Assim como Joana, Alzureina foi destinada ao abandono pelo Direito por ter sido reconhecida como concubina. Os 30 (trinta) anos de amor, cuidado e dedicação foram nulificados pela Corte Suprema.

A partir dos julgados analisados, foi possível constatar que apenas uma circunstância autoriza o sistema jurídico brasileiro a reconhecer uma relação como união estável, mesmo que paralela a um casamento vigente: a separação de fato.

Desde Joana da Paixão, o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça ressaltam a necessidade e importância de a separação de fato estar caracterizada para o reconhecimento da relação paralela ao casamento. Isto é, para que o relacionamento paralelo seja reconhecido, a separação de fato entre os indivíduos casados, tem que estar caracterizada.

Nos casos de Joana da Paixão e Alzureina, seus companheiros – considerados concubinos pelo Supremo – não estavam separados de fato de suas esposas. A má-fé dos companheiros, que queriam levar uma vida dupla, também configurou a má-fé das mulheres, embora elas constituíssem de fato uma família[211].

O mesmo fundamento jurídico foi utilizado no caso de Bárbara Atins (Agravo Interno no Recurso Especial n. 181822/MG julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em março de 2022). Bárbara e Leopoldo se relacionaram afetivamente por mais de 30 (trinta) anos. Da relação, foram concebidos 3 (três) filhos. Paralelamente e antes mesmo de se envolver com Bárbara, Leopoldo era casado. Assim como no caso de Joana – que fundamentou a decisão de Bárbara – o Superior Tribunal de Justiça não reconheceu a união estável em virtude de a separação de fato de Leopoldo e sua esposa não estar caracterizada.

Da mesma forma como aconteceu com Joana, Alzureina e Jaqueline, depois de mais de 30 (trinta) anos de relacionamento, Bárbara foi destinada ao limbo pelo campo jurídico em virtude da escolha de seu companheiro, que quis viver uma vida amorosa dupla.

No caso de Irani Luiza (Recurso Extraordinário n. 590.779/Espírito Santo julgado em 2009), o Supremo Tribunal Federal também fez a diferenciação entre os institutos do concubinato e união estável.

Embora o segundo grau de justiça tenha reconhecido a relação de Irani e Ricardo Nitz como uma relação familiar – relação que perdurou por mais de 30 (trinta) anos com filhos -, em virtude da ausência de separação de fato, o Supremo taxou Irani como concubina e destinou-a ao limbo jurídico. A relação foi reconhecida como "forte" pelo Supremo Tribunal Federal, embora incapaz de gerar qualquer efeito jurídico. Vejamos:

> A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a mulher. Percebe-se

[211] A ausência da separação de fato foi também o motivo do não reconhecimento da relação de Jaqueline Modesto e Gilberto Ferreira (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.832.859/GO julgado em fevereiro de 2022 pelo Superior Tribunal de Justiça).

> que houve um envolvimento forte – de Ricardo Nitz e Irani Luiza da Costa -, projetado no tempo – mais de 30 anos -, dele surgindo uma filha, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, por haver sido mantido o casamento com quem Ricardo contraíra núpcias e tivera filhos (BRASIL, 2009, p. 1064).

A recorrente Rosemary do Rocio (Recurso Extraordinário n. 883.169/Santa Catarina – julgado pelo Supremo Tribunal em 2021) também foi taxada de concubina pelo Supremo Tribunal em virtude de não restar caracterizada a união estável com o seu *companheiro*. Neste caso peculiar, que será mais adiante mais bem explorado, o tribunal de origem reconheceu Rosemary como companheira do *de cujus*. O acórdão foi assim ementado:

> MILITAR. PENSÃO MILITAR. COMPANHEIRA. CONCORRÊNCIA COM A VIÚVA.
> Comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a companheira à quota parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa (BRASIL 2021, p. 4).

Embora o tribunal *a quo* tenha reconhecido Rosemary como companheira, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar as provas e com base no dever de fidelidade e monogamia, taxou-a de concubina, em virtude de, novamente, não restar caracterizada a separação de fato. A mesma situação pôde ser vista no caso Edja Santos de Barros (Recurso Especial n. 1894963/Alagoas – julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2021). A Corte Superior reexaminou as provas e taxou Edja de concubina, por não restar caracterizada a separação de fato de seu companheiro[212].

O caso de Ana Maria Coutinho de Almeida (Recurso Especial nº 1.391.954/Rio de Janeiro – julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em março de 2022) é mais um, dentre tantos, que demonstra a segregação feita pela diferenciação entre os institutos do concubinato e união estável pelo sistema jurídico brasileiro. Ana Maria manteve relação amorosa pública, contínua e duradoura por mais de 50 (cinquenta) anos com um indivíduo casado. Como forma de proteger a companheira, antes de falecer, ele a inseriu, juntamente com o filho do casal, em um seguro de vida. No Tribunal de Justiça de origem, Ana Maria foi reconhecida como companheira do *de cujus*.

[212] Assim como Rosemary do Rocio, Alda de Fátima Hubner (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 645.762/Rio Grande do Sul julgado pelo Supremo Tribunal em agosto de 2011) também era dependente econômica. Para negar reconhecimento à relação de Alda e o *de cujus* – que era, ao tempo da relação, casado -, o Supremo se apegou aos mínimos detalhes para atestar que a separação de fato entre ele e a esposa não estava configurada. O fato de Alda não ter comparecido ao IML para atestar a morte de seu companheiro foi decisivo para que o Supremo Tribunal não reconhecesse a relação de união estável. A inexistência da separação de fato fez com que, novamente, a companheira fosse taxada de concubina pelo Supremo Tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar as provas, identificou que o falecido não estava separado de fato de sua esposa. Ana Maria, reconhecida pela justiça de origem como companheira, foi então categorizada como concubina pela Corte. A separação de fato foi, novamente, o instituto jurídico que desencadeou o não reconhecimento de Ana Maria.

Dentre os julgados analisados, o caso de Ana Maria Falconi também se destacou (Agravo Interno no Agravo com Recurso Especial n. 2087080/Tocantins – julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em outubro de 2022).

Ana Maria Falconi e Nelson Lousada se envolveram amorosamente desde 1975 na zona rural de Tocantins. Quando começaram a namorar, Ana Maria tinha apenas 12 (doze) anos de idade. A relação durou por mais de 38 (trinta e oito) anos. Da relação, foi concebida uma filha, reconhecida por Nelson antes de seu falecimento. Ocorre que, ao tempo de toda a relação, Nelson também era casado. Das provas juntadas aos autos, foi comprovado que ele vivia uma vida dupla. Na cidade em que vivia com Ana Maria, apresentava-a como sua legítima esposa. Já em Uberaba/Minas Gerais, também se relacionava com sua esposa.

Apesar de não reconhecer a relação de Ana Maria e Nelson como união estável, o Tribunal de origem considerou que Nelson manteve, por anos, uma vida dupla com "duas famílias".

O não comparecimento de Ana Maria no velório de Nelson em Uberaba, foi decisivo para se constatar a ausência de separação de fato no caso. O Superior Tribunal de Justiça, na linha do entendimento do Supremo Tribunal, vislumbrou que Nelson não estava separado de sua esposa. O relacionamento de mais de 38 (trinta e oito) anos, presente quase a vida toda de Ana Maria, também não foi reconhecido. Novamente, a esposa venceu.

A mesma situação pôde ser vista também nos casos de Helena Valadares (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 619.002/Minas Gerais, julgado em 2021 pelo Supremo Tribunal), Shirley Maria da Penha Bussular (Recurso Extraordinário n. 669.465/Espírito Santo julgado em 2012), Severina dos Santos (Recurso Especial n. 1.916.031/Minas Gerais julgado em 2022), Maria do Socorro Ximenes (Agravo Interno no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.424.071/Rondônia julgado em 2022) e Jacilene Nogueira Clementino (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.956.138/São Paulo).

A partir dos supracitados casos, infere-se que o *concubinato* e a *união estável* não são apenas institutos jurídicos diferenciados para as Cortes Superiores. Seus efeitos também são diferentes e promovem, a depender da categorização, a segregação de mulheres.

Ocorre que a diferenciação entre esses institutos é muito cinzenta.

O art. 1.723 do Código Civil, na linha do que preceitua o art. 226 da Constituição de 1988, reconhece 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.

Tendo em vista esses parâmetros de reconhecimento, questiona-se: é justo negar reconhecimento às relações afetivas de Joana da Paixão, Alzureina, Bárbara Atins, Jaqueline, Irani Luiza, Rosemary do Rocio, Alda de Fátima, Helena Valadares, Shirley Maria, Edja Santos, Ana Maria Coutinho, Severina dos Santos, Maria do Socorro Ximenes, Jacilene e Ana Maria Falconi? Qual requisito está previsto na legislação que não está presente nessas relações? Todas essas relações analisadas foram duradouras e envolveram a constituição de família. A maioria delas era, inclusive, marcada pela existência de filhos.

Percebe-se que a categoria jurídica *concubinato* é, claramente, criação da monogamia em nosso sistema jurídico. Por pautar-se nesse poder segregador, seus efeitos não poderiam ser outros. O concubinato tem, por finalidade precípua, segregar famílias e, principalmente, mulheres. Com exceção de caso de Ricardo, todos os casos analisados, em que esse instituto foi reconhecido, mulheres foram abandonadas. Braço direito da monogamia, o concubinato tem o objetivo de preservar as *famílias oficiais* em detrimento das famílias de fato, bem como invisibilizar mulheres, com esteio na legitimação do acesso sexual masculino aos seus corpos.

Entende-se que o concubinato tem, em seu cerne, fortes preceitos patriarcais. A má-fé do homem casado reconhecida pelo Direito é diretamente transferida para a mulher. Em troca, o uso do corpo da mulher sem qualquer garantia jurídica permanece. Diante da ausência de qualquer impedimento, os homens continuam a manter mais de um núcleo familiar. Para eles é vantajoso. Para elas, o destino é só um. Ao não conceder qualquer direito para essas mulheres, o campo jurídico acaba por, indiretamente, legitimar a traição, tão repudiada pelos Tribunais Superiores.

Outras contradições também podem ser visualizadas.

Em alguns casos analisados, o Supremo Tribunal Federal definiu o entendimento de que, o reconhecimento da união estável pelo Direito requer a sua possibilidade de conversão em casamento, vez que a constituição de família se faz presente dentre os seus requisitos.

Ora, foi mostrado no capítulo segundo que um dos maiores avanços da Constituição Federal de 1988 foi reconhecer outras formas de família para além do casamento. A união estável é, por si só, uma família. Ela não precisa ser convertida em casamento para receber reconhecimento jurídico.

Ao impor esse requisito de conversão da união estável em casamento, os Tribunais Superiores claramente priorizam o casamento, em desrespeito, novamente, aos preceitos constitucionais previstos em nossa Carta Magna. A união estável merece ser reconhecida de maneira autônoma, independentemente de sua conversão em casamento. O casamento deveria ser tratado como uma opção do casal e não uma obrigação ou um destino da união estável.

Embora a relação de mulheres como Joana, Irani e Bárbara não pudesse ser transformada em casamento no plano formal, de fato, elas constituíam uma família. Como julgar que não existe família em uma relação amorosa que durou mais de 30 (trinta) anos? O caráter familiar dessas relações não poderia ser negado pelos Tribunais Superiores.

A boa-fé de todas essas mulheres é, constantemente, desconsiderada pelas Cortes Superiores. O simples detalhe da ausência de separação de fato é o requisito definidor do destino dessas mulheres. Em todos os casos analisados, elas foram responsabilizadas por escolhas feitas pelos homens, que optaram por não se separarem de suas esposas.

A exigência da separação de fato também pode ser visualizada como um exemplo da presença do patriarcado fraternal moderno em nosso campo jurídico. Neste requisito, o patriarcado se faz presente de maneira invisível. O destino da vida de mulheres concubinas fica condicionado à decisão masculina. O poder masculino, está então, no cerne do reconhecimento da união estável. Somente se eles se decidirem se separar, elas receberão qualquer reconhecimento jurídico. Do contrário, permanecerão destinadas ao abandono.

O reconhecimento dessas relações como concubinato, a despeito da clara caracterização da união estável, demonstra a reprodução do contrato sexual pelos Tribunais Superiores. Como mencionado, o concubinato se constitui em um dos principais mecanismos de aplicação da monogamia. Ele acaba por proteger as relações plúrimas figuradas por homens, às custas da exploração dos corpos de mulheres. A exclusão das mulheres mostra-se como a marca mais nefasta desse instituto jurídico patriarcal. É inegável que o contrato sexual e a fraternidade masculina estão por trás de sua imposição.

Paralelamente ao reconhecimento de tantos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, tal como a união estável, os Tribunais Superiores reúnem mecanismos jurídicos que, em princípio são neutros, para a reprodução e manutenção do patriarcado fraternal moderno. A imposição da monogamia, o reconhecimento do concubinato e a exigência da separação de fato se constituem, verdadeiramente, em instrumentos jurídicos utilizados em prol da manutenção do poder masculino e, consequentemente, do contrato sexual.

Para legitimar o abandono de concubinas, a partir dos casos de Joana da Paixão, Irani Luiza, Helena Valadares, Rosemary, Ricardo, Clarisse Maria Costa, Dayana e Lúcia Maria, é

possível percebermos que os Tribunais Superiores também simplificam e banalizam as relações amorosas.

Mesmo diante de tantas provas que atestam a complexidade do relacionamento, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça simplificam as relações, com o intuito de torná-las vazias, desprovidas do fundamento familiar, uma vez que, apenas a constituição de família, autoriza a concessão de direitos às mulheres. Os julgados de ambos os Tribunais são proferidos em um universo que não condiz com a realidade dessas mulheres.

O caso de Joana e Valdemar, o primeiro enfrentado pelo Supremo, foi caracterizado como uma relação de *simples concubinato*. Vejamos:

> Abandonem a tentação de implementar o que poderia ser tida como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no art. 1.727 do Código Civil:
> Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato (BRASIL, 2008, p. 7).

O mesmo entendimento foi lançado ao caso de Irani Luiza e Ricardo Nitz.

A relação de Helena Valadares e Pacífico, que durou mais de 15 (quinze) anos, também foi categorizada como uma relação de *simples concubinato*:

> Conforme consignado no ato impugnado, para ter-se como configurada a união estável, não há imposição da monogamia, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal. Todavia, a união estável protegida pela Constituição pressupõe prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior a proteção ao casamento. O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, pressupõe possibilidade de conversão em casamento, devendo a lei facilitá-la. No caso concreto, a manutenção da relação com a autora se fez à margem e, diria mesmo, mediante discrepância do casamento existente e da ordem jurídico-constitucional.
> Então, a Corte de origem não considerou como merecedora da proteção do Estado toda a relação com a agravante, porque a conflitar, enquanto válido o casamento, com o direito posto. É certo que o atual Código Civil versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar núcleo familiar. Entretanto, na previsão, está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice uma vez verificada a separação.
> No caso, está-se diante de simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil: (…) (BRASIL, 2021, p. 9).

A simplificação da relação legitima a exclusão de mulheres. Na grande maioria dos casos analisados, as relações foram banalizadas. Aspectos importantes como a dependência econômica, comprovada nos casos de Rosemary, Ricardo, Jacilene Nogueira e Ana Maria Falconi, sequer é citada ou analisada de maneira cuidadosa pelos Tribunais. Especialmente no

caso de Edja Santos de Barros (julgado pelo Superior Tribunal de Justiça) e Jacilene Nogueira (Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.956.138/SP), existiam provas de que o falecido as sustentava financeiramente.

Em nome da monogamia, vale a banalização das relações. Vale também a produção de injustiças, mesmo diante da comprovada formação de família.

Ao lado da monogamia, do concubinato e da separação de fato, a banalização das relações afetivas, protagonizadas por concubinas, constitui-se em mais um mecanismo utilizado pelo campo jurídico para legitimar a exclusão de mulheres e a manutenção do contrato sexual.

Além da banalização das relações afetivas, a partir da análise jurisprudencial, é possível percebermos que os Tribunais Superiores, ao lidarem com mulheres concubinas, também estão com os pés fincados na moralidade e na discriminação.

Ao longo dos anos, houve uma evolução dos mecanismos excludentes utilizados pelos Tribunais Superiores. Em meados de 1988, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os Tribunais Superiores faziam referência à situação financeira da concubina como forma de deslegitimar suas relações afetivas.

O caso de Maria Helena Vilela, demonstra bem esta situação. O fato de ter deixado de trabalhar de maneira remunerada para cuidar de seu filho desencadeou a não concessão de direitos. A situação financeira da mulher foi muito ressaltada para legitimar a não divisão patrimonial. O caso de Teresa de Jesus Morais Barroso, ao lado de Maria Helena, também demonstra esse aspecto. Por todo o acórdão, há a menção de que Teresa *tinha salário insuficiente* e que *sempre foi pobre*, condição esta que não legitimava, à época, a partilha de bens – a mesma situação pôde ser vista no processo de Alzureina Monteiro Martins.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o tratamento pejorativo de mulheres evoluiu para um outro patamar, um tanto mais discreto – entendimento este que reforça a premissa de que o patriarcado que rege o nosso sistema jurídico brasileiro é fraternal e moderno. No entanto, o preconceito desferido às mulheres concubinas não passou despercebido.

O emblemático caso de Joana demonstra o tratamento discriminatório feito pelo Supremo Tribunal Federal. Mesmo depois de comprovada a complexa relação entre ela e Valdemar do Amor (mais de 37 anos), há a menção, no acórdão que julgou o caso, de que Joana se beneficiaria de sua própria torpeza caso recebesse algum direito proveniente dos bens de Valdemar. Por todo o acórdão, é possível percebermos que, neste caso, o Supremo pintou Joana, a concubina, de vilã. A esposa, que esteve ciente da relação paralela durante todos esses anos,

foi tratada como vítima. Vejamos parte do debate protagonizado pelos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto:

> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) –Ela se beneficiaria, Excelência. Vou chegar ao extremo. Ela se beneficiaria da própria torpeza e a mulher que teve o marido dividido agora dividiria a pensão.
> O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO –Não houve torpeza. No amor, não há torpeza, Excelência.
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) –Há sim, sob o ângulo legal. Vossa Excelência potencializa o amor, não é? Se nós abandonarmos o campo jurídico constitucional para decidir a partir do amor, o critério de plantão é que norteará os pronunciamentos do Tribunal. Mas esta Corte é responsável pela guarda da Constituição Federal, pela guarda de princípios caros à vida gregária (BRASIL, 2008, p. 6).

A palavra *torpeza* no dicionário *Michaelis* (*online, 2024)* significa ato indecente ou obsceno, baixo, repulsivo. Para o Ministro Marco Aurélio, a relação de Joana e Valdemar, construída ao longo desses 37 (trinta e sete) anos, era então repulsiva e indecente.

Do acórdão prolatado no caso de Joana, é possível também inferirmos que a palavra *mulher* já carrega consigo um pressuposto de posse sexual masculina. Os Tribunais Superiores, especialmente o Supremo Tribunal, não se referem à mulher como esposa, mas à mulher *propriamente dita*. A palavra *mulher* já carrega consigo o pressuposto da dominação masculina:

> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) –E Vossa Excelência coloca as duas no mesmo plano?
> O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO –Coloco no mesmo plano.
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) –A mulher propriamente dita e a concubina?
> O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO –Não há mulher propriamente dita, Excelência.
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) –Há, Excelência, pelas núpcias, porque a Constituição preconiza a proteção do Estado à união estável, inclusive estimulando-a ao casamento.
> O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO –Ambas são mulheres. Na matemática do amor, como dizia.
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) –Mulher a que me refiro não é gênero, Excelência. Eu me referi à mulher casada.
> A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA –À esposa.
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) –Não é gênero. Claro que não apontei que o Divino Amor teria tido um caso espúrio, um caso com traveco! (BRASIL, 2008, p. 4-5).

A partir do caso de Helena Valadares (julgado pelo Supremo Tribunal Federal), é possível constatarmos uma certa *irritação* dos ministros em relação ao pleito da recorrente, taxada de concubina pelo Supremo. Neste caso, nenhuma prova foi revisitada. Apenas a versão da esposa foi defendida pelo Ministro Relator Marco Aurélio:

> O que se tem no caso concreto? Tem-se, como pano de fundo, situação em que, em vida, a mulher casada teve de dividir o marido. Havendo este falecido, pretende-se que divida com a concubina –não é companheira –a pensão. Articula-se com relação

> ilícita, segundo o Código Civil, de concubinato, para buscar-se divisão do benefício previdenciário.
> Estou desprovendo o agravo, salientando a diferença entre companheira e concubina. A união estável merece proteção do Estado. O concubinato, não, por ser relação ilícita. Cito, no voto, o Código Civil, no que preceitua o art. 1.727:
> "Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casaram constituem concubinato.."
> Concubinato, vamos repetir, é relação ilícita.
> Estou desprovendo o agravo. Não vou ler o voto (BRASIL, 2021, p. 14).

As versões das concubinas, levadas à análise do Supremo, são descredibilizadas. Em virtude de suas relações serem *ilegítimas*, elas perdem todo o crédito argumentativo perante as Cortes. A má-fé é diretamente caracterizada. Em contraposição, a boa-fé da esposa é presumida. A presença de uma relação paralela perante um casamento, em regra, será categorizada como uma relação de concubinato pelos Tribunais Superiores[213]. Não é à toa que, em diversas situações, mulheres foram reconhecidas como companheiras nos Tribunais inferiores e como concubinas nos Tribunais Superiores. É inegável o peso que tem o casamento para estas Cortes.

Essas menções discriminatórias demonstram os efeitos provocados pela monogamia em nosso sistema jurídico brasileiro. A monogamia constitui-se em um poder baseado na masculinidade. Por si só, ela reproduz o contrato sexual. A partir dos casos analisados, é possível inferirmos que a sua aplicação, ainda que indireta, gera não só a exclusão de mulheres, mas também o tratamento discriminatório e pejorativo das relações afetivas.

Ao mesmo tempo, percebe-se que os Tribunais Superiores tem um certo receio de reconhecer as relações paralelas como entidades familiares. No caso de Ricardo, os ministros resolveram dar razão ao *pragmatismo* adotado pelo legislador civil ao regulamentar o concubinato. A norma foi, por diversas vezes, aplicada de forma fria e não interpretativa com o intuito de não impactar institutos jurídicos que já estão amplamente consolidados no nosso sistema.

O medo de abrir a *caixa de pandora* bloqueia a elaboração de um pensamento mais inclusivo e igualitário pelos ministros. Enquanto isso, para manter a integridade do sistema, injustiças são diariamente praticadas.

O *pragmatismo jurídico*, o concubinato, o requisito da separação de fato, a banalização das relações afetivas e o tratamento pejorativo de mulheres concubinas são consequências desencadeadas pela imposição da monogamia. Todas as vezes que este poder é aplicado, isto é, que um concubinato é caracterizado pelo Direito, o contrato sexual também se reproduz. A dominação masculina está no cerne do Direito de Família.

---

[213] É o que podemos perceber, por exemplo, do caso de Consuelo Veiga (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 558.588/RS).

3.6.5 Hierarquização e valorização do casamento em detrimento da desvalorização das uniões estáveis constituídas por mulheres concubinas

Autores como Rolf Madaleno, na obra *Direito de Família,* sustentam que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o nosso sistema jurídico brasileiro não reconhece mais apenas as famílias formalizadas pelo matrimônio. Segundo o autor, a família matrimonializada, patriarcal, igualitária e biológica cedeu lugar para a família pluralizada, democrática, igualitária e socioafetiva:

> De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e por isto tem especial proteção do Estado. A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.
> (...)
> Ao tempo do Código Civil de 1916 até o advento da Carta Política de 1988, a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda de casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado e quando um homem e uma mulher constituíssem um *concubinato*, equivalente à atual união estável, seus eventuais e escassos efeitos jurídicos teriam de ser examinados no âmbito do Direito das Obrigações, pois eram entidades comparadas às sociedades de fato. No entanto, esses outros padrões de agrupamento familiar passaram a perder essa característica marginal com a edição da Carta Política de 1988, que abriu o leque de exemplos distintos de núcleos familiares, cujos modelos não mais se restringiam ao casamento, à união estável e à família monoparental, simplesmente, porque o vínculo de matrimônio deixou de ser o fundamento da família legítima, e na época presente, embora ausente o laço matrimonial, com efeito, que ninguém afirmar esteja afastada uma entidade familiar fora do casamento, porquanto esta se expandiu ao se adequar às novas necessidades humanas construídas pela sociedade. A família matrimonizalizada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família *pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental* (MADALENO, 2023, págs. 2399-2418).

De fato, entende-se que a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou uma verdadeira virada de chave no Direito de Família. O matrimônio deixou de ocupar o lugar central no reconhecimento das entidades familiares.

Todavia, esse movimento igualitário e democrático não foi incorporado em sua integralidade pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Desde o caso de Maria Helena Vilela, julgado em 1988 logo após a promulgação da Carta Magna, é possível percebermos que os Tribunais Superiores, a despeito do reconhecimento da união estável e de outras formas familiares pela Constituição, favorecem e incentivam a realização do casamento.

Casos como o de Maria Helena Vilela, Alzureina, Joana da Paixão, Irani Luiza, São João Martin, Edja Santos e Severina dos Santos, demonstram a hierarquização do casamento feita pelas cortes superiores.

Nesta seção, especialmente, os casos serão abordados, para após isso, aprofundarmos na questão da hierarquização do casamento e como este tratamento impacta, de forma negativa, a vida de mulheres.

O caso de Maria Helena, já abordado neste capítulo, foi o primeiro a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ela e Paulo José viveram uma relação afetiva – de união estável – por mais de 12 (doze) anos.

Ao tempo de seu envolvimento com Maria Helena, Paulo já estava desquitado de sua esposa. Com Maria Helena, manteve longo relacionamento afetivo, marcado, inclusive, pela presença de filhos.

A existência do casamento, ainda que no plano formal, foi o motivo para o Tribunal não conceder qualquer direito à Maria Helena. Nesse caso, a união estável estava plenamente caracterizada, no entanto, o Supremo Tribunal Federal preferiu dar primazia ao casamento. A hierarquização do casamento de Paulo em relação à união estável foi o principal motivo que ensejou a não concessão de direitos à Maria Helena.

A mesma situação pôde ser vista no caso de Alzureina Monteiro Martins, quem manteve, com Ruy Neves, uma relação de mais de 30 (trinta) anos.

No caso de Alzureina, julgado em 2001, o Ministro Relator ponderou que o art. 226 da Constituição Federal demonstra a ênfase emprestada pelo constituinte ao casamento. Para demonstrar a importância do casamento para a nossa Constituição Federal, citou a doutrina de Ives Gandra Martins, constante na obra *Comentários à Constituição do Brasil de 1988,* nestes termos:

> O certo é que, consagrando o direito pátrio a família como base da sociedade e sendo a família fundamental constituída pelo casamento – por excelência o caminho natural para a sua constituição -, é de se compreender que o Estado propicie sua celebração de forma gratuita, como meio de estimulá-lo (MARTINS, 1988, p. 941, apud BRASIL, 2001, p. 6).

Na Europa e no Brasil Colônia, como demonstrado no capítulo primeiro desta pesquisa, o casamento foi incentivado não só pela Igreja, mas, propriamente, pelo Estado. O incentivo teve sua justificativa assentada no controle dos corpos. Era, essencialmente, por meio do casamento que os homens conseguiriam domar os corpos de mulheres pela incidência do poder patriarcal.

O incentivo ao casamento visto na Europa e no Brasil Colônia pode também ser visualizado, ainda que sob outros moldes, na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso de Alzureina. Para o Ministro Relator, a Constituição Federal, ao dispor sobre a gratuidade do casamento, valoriza e incentiva a formação da família mediante o vínculo matrimonial monogâmico. Embora preveja a união estável, em sua visão, a Constituição estimula a sua conversão em casamento. Para tanto, se baseou em nova citação de Ives Gandra Martins:

> à família não constituída pelo casamento, mas pela união estável de um homem e de uma mulher, considerando tal união uma entidade familiar (...), mas estimula a conversão dessa união em casamento. Protege, portanto, a entidade familiar, mas deseja que essa entidade se transforme em casamento, razão pela qual o aparelho do Estado deve facilitar a conversão da união estável em casamento (MARTINS, 1988, p. 949, apud BRASIL, 2001, p. 6-7).

O discurso do Ministro Relator e a doutrina por ele utilizada realizam, mesmo que de maneira implícita, uma hierarquização do casamento em relação à união estável. A união estável aparece como uma entidade familiar secundária, cuja finalidade é a constituição do casamento, essa sim, mais protegida ainda pelo Direito.

A hierarquização do casamento pode também ser visualizada no caso de Joana da Paixão e Valdemar do Amor, analisado em 2008 pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do caso, os Ministros fixaram o *querer* da Constituição Federal de 1988, ao regulamentar a família em seu art. 226. Para o Ministro Relator (voto vencedor), a Constituição, ao prever a possibilidade de conversão da união estável em casamento quis, efetivamente, transformar a união estável em casamento. O casamento, portanto, seria um instituto fim, um objetivo a ser alcançado pela Carta Magna de 1988.

Ainda no caso de Joana, o Ministro Ricardo Lewandowski, para reiterar o posicionamento do Ministro Relator Marco Aurélio, ponderou que a união estável se constitui em uma fase primária*, embrionária* do casamento, que teria, portanto, um início, um meio e um fim.

Ressalta-se que esses posicionamentos foram proferidos após mais de 20 (vinte) anos de promulgação da Constituição Federal, oportunidade na qual a união estável foi reconhecida como entidade familiar de maneira autônoma.

A mesma hierarquização pôde ser vista no caso de Irani Luiza e Ricardo Nitz, relação que perdurou mais de 30 (trinta) anos.

Ao iniciar o voto, o Ministro Relator logo ponderou que o grande problema do caso era conceder tratamento distorcido à união estável de forma a *suplantar o próprio casamento*. Para

o Ministro Relator, o art. 226 da Constituição protege a união estável, mas o dispositivo tem por objetivo maior a proteção do casamento.

Foi apenas no caso de São João Martin Souza da Silva, analisado em 2017 (Recurso Extraordinário nº 646.721/Rio Grande do Sul), que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão de hierarquização da união estável e do casamento.

Para o Ministro Relator do caso, existe distinção entre os institutos do casamento e união estável, distinção esta autorizada pela Constituição Federal e que admite o tratamento diferenciado do companheiro e do esposo. O fundamento de distinção residiria no art. 226, §3º da Constituição. Em suas palavras, o legislador facilita a conversão da união estável em casamento, mas em nenhum ponto os equipara:

> O comando determina ao legislador facilitar a conversão da união estável em casamento, mas em momento algum os equipara. Se o fizesse, perderia a razão de ser, o objeto, a sinalização ao estímulo à transmutação da união estável em casamento. Para que a transformação ante igualização, quanto a consequências patrimoniais? A única similitude entre os institutos é que ambos são considerados, pelo Texto Maior, entidades familiares. E para por aí, uma vez que, mesmo sendo formas de família, a Constituição Federal estabelece, de plano, inexistir espaço para equalização (BRASIL, 2017, p. 9).

Para o Ministro Relator, não há então como sustentarmos a igualdade entre os institutos. A potencialização da união estável poderia *suplantar* o próprio instituto do casamento, mais privilegiado e protegido pelo campo jurídico brasileiro.

O entendimento do Ministro Relator foi, todavia, isolado. Por maioria dos votos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o casamento e a união estável são institutos que possuem o mesmo valor para a Constituição. Para os Ministros, *a união estável é um casamento no plano dos fatos* e, por isso, mereceria igual proteção jurídica.

Embora o Supremo tenha mudado de entendimento, será que a hierarquização do casamento permaneceu impregnada nos entendimentos das Cortes Superiores?

Os casos de Edja Santos de Barros (julgado em 2021) e Severina dos Santos (julgado em 2022) nos mostram que sim, o casamento continuou tendo um tratamento privilegiado pelas Cortes Superiores.

A partir do caso de Edja Santos de Barros, é possível percebermos a retirada da autonomia jurídica da união estável. Para fazer a distinção entre a companheira e a concubina, o Superior Tribunal de Justiça ponderou que “companheira é a mulher que vive, em união estável, com homem desimpedido para o casamento, ou, pelo menos, separado judicialmente,

ou de fato, já mais de dois anos, *apresentando-se à sociedade como se com ele casada fosse*" (BRASIL, 2021, p. 34). Vejamos:

> Com efeito, a forma da jurisprudência de há muito firmada pelo STJ, 'há distinção doutrinária entre companheira e concubina. Companheira é a mulher que vive, em união estável, com homem desimpedido para o casamento, ou, pelo menos, separado judicialmente, ou de fato, já mais de dois anos, apresentando-se à sociedade como se com ele casada fosse. Concubina é a mulher que se une, clandestinamente ou não, a homem comprometido, legalmente impedido de casar. Na condição de companheira, não pode a mulher ser designada como segurada pelo cônjuge adúltero, na inteligência dos artigos 1.177 e 1.474 do Código Civil de 1916. Precedentes (STJ, Resp 532.549/RS, Rel. Ministro Castro filho, Terceira Turma, DJU de 20/06/2005) (BRASIL, 2021, p. 34).

Percebe-se que há, na verdade, uma confusão entre esses institutos jurídicos. A companheira nunca pode ser apenas *companheira*. Ela precisa ser esposa ou, pelo menos, quase esposa. A retirada da autonomia do reconhecimento da união estável implica, como veremos, em consequência negativas para as mulheres.

A mesma situação pôde ser vista no caso de Severina dos Santos (Recurso Especial n. 1.916.031/MG julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2022). Resumidamente, Lauro e Severina se envolveram amorosamente, constituindo-se em união estável. Na constância da relação, Lauro conheceu Rosalina, com quem veio se casar em 1989. Em virtude do casamento de Lauro, Severina passou a ser categorizada como concubina, mesmo tendo conhecido e se relacionado com ele antes de seu casamento.

Para negar conhecimento à relação de Severina e Lauro, a Ministra Relatora ponderou que, para o reconhecimento da união estável, é preciso que as pessoas envolvidas estejam desimpedidas para o casamento, pois a união estável, para ser reconhecida, requer a sua possibilidade de conversão em casamento.

Como Lauro não poderia mais se casar com Severina (por ele já ser casado), o Superior Tribunal de Justiça não reconheceu a relação como união estável, mas sim, como concubinato, categorização essa que não autorizou o reconhecimento de qualquer direito em favor de Severina. Entre o casamento e a união estável – não reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal -, prevaleceu, novamente, o vínculo matrimonial.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, é possível percebermos que o casamento ocupa um lugar privilegiado em nosso sistema jurídico brasileiro. Embora a Constituição tenha reconhecido a união estável como uma entidade familiar, ainda impera, até hoje, a valorização e a hierarquização do casamento nas Cortes Superiores.

O reconhecimento feito pelo Supremo Tribunal Federal no caso de São João Martin, embora importante, não produziu tantos efeitos na prática – a não ser no aspecto do Direito

Sucessório. As controvérsias acerca da união estável e do casamento permaneceram no âmbito das Cortes, a exemplo dos casos de Edja e Severina. Ainda que formalmente sejam institutos jurídicos de igual valor, a diferenciação entre eles, no plano fático, não passa despercebida.

No entanto, questiona-se: qual a relação da hierarquização do casamento com a submissão e exclusão de mulheres?

Pois bem.

Mulheres como Alzureina, Joana da Paixão, Irani Luiza, Edja Santos e Severina dos Santos constituíram, no plano dos fatos, verdadeiras uniões estáveis. Embora não tenham sido reconhecidas pelo sistema jurídico brasileiro, suas relações preenchiam todos os requisitos exigidos para o reconhecimento da união estável.

No entanto, como forma de não reconhecer essas relações e de destinar essas mulheres ao abandono, com base no princípio da monogamia, as Cortes Superiores adicionaram um requisito a mais necessário para o reconhecimento dessas entidades. Para que as entidades familiares sejam reconhecidas, elas precisam ser *convertidas em casamento*. No caso de Severina, por exemplo, a necessidade de conversão esteve claramente presente.

As Cortes Superiores, ao adicionarem esse *plus* a mais dentre os requisitos para o reconhecimento das uniões estáveis, retiram toda a autonomia concedida pela Constituição Federal de 1988 à união estável. Essa entidade familiar deveria ser reconhecida de maneira autônoma, independentemente de sua possibilidade de conversão em casamento.

Ao adicionar esse *plus* dentre os requisitos de reconhecimento, as Cortes Superiores vinculam a constituição da união estável ao casamento e, ao mesmo tempo, centralizam o matrimônio no Direito de Família, em contrariedade aos ditames constitucionais. A união estável passa a ser então, nas palavras de Ricardo Lewandowski, *mero embrião do casamento*, desprovido de autonomia fática e jurídica.

Dos casos analisados até aqui, em que pese todo o salto democrático dado pela Constituição Federal de 1988, percebe-se que o casamento continua sendo o instituto almejado, o mais valorizado, o mais incentivado pelas Cortes Superiores. A sua impossibilidade de realização chega a impedir o reconhecimento de verdadeiras entidades familiares. O requisito de *conversão da união estável em casamento*, demonstra como, indiretamente, os Tribunais Superiores privilegiam e incentivam o casamento.

Caso o requisito de *conversão da união estável em casamento* fosse desconsiderado, as relações figuradas por Maria Helena, Alzureina, Joana, Irani, Edja e Severina seriam reconhecidas. Quer dizer que a valorização do casamento, presente em todas as Constituições anteriores a de 1988, ainda reproduz seus efeitos. Com a imputação deste requisito, as Cortes

Superiores não só valorizam o casamento, mas também incentivam a sua realização, tal qual como fazia o Brasil em seu período colonial.

O requisito de conversão da união estável em casamento constitui-se em mais um dos mecanismos utilizados pelas Cortes Superiores para legitimar o abandono de mulheres concubinas. Claramente, esse posicionamento entra em choque com os preceitos constitucionais, que reconhecem a união estável de maneira autônoma.

A fixação deste entendimento também demonstra como o contrato sexual está impregnado na atuação dos Tribunais Superiores. Constantemente, mecanismos jurídicos *neutros e inconstitucionais* são utilizados para se negar reconhecimento às mulheres concubinas.

A despeito de ter perdido a sua força com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o casamento ainda se mostra como o diamante do Direito. É, essencialmente, por meio deste instituto jurídico que o sistema jurídico brasileiro, com os pés fincados no princípio da monogamia, realiza o controle dos corpos no meio social. Em nome do casamento e, implicitamente, do controle dos corpos, mulheres diariamente são destinadas ao limbo jurídico.

A união estável, longe de conceder direitos aos companheiros, passa a ser mero instrumento, um embrião, do casamento. A união estável é, na verdade, administrada pelas Cortes Superiores como um estágio preparatório do casamento, desprovido de qualquer autonomia jurídica.

Os corpos legítimos são, essencialmente, matrimonializados ou passíveis de serem matrimonializados. Todos aqueles que subvertem esse poder, essencialmente as mulheres, são destinados à invisibilização.

3.6.6 Interpretação dos casos com os olhos no passado

Para a efetiva análise desta categoria, é importante, antes, fazermos algumas digressões, ainda que já tenham sido feitas no capítulo segundo.

O antigo e retrógrado Código Civil de 1916 regulamentava, em seu art. 229, que o principal efeito da constituição do casamento era a criação da família legítima. O casamento formava a *família legítima*. Todas as outras relações formadas às margens do casamento eram reconhecidas então como *ilegítimas*[214].

[214] Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354). (BRASIL, 1916).

Os filhos advindos da relação extramatrimonial, por sua vez, também eram considerados *ilegítimos.* Eles poderiam ser naturais – provenientes de pais desimpedidos para o casamento - , bem como espúrios – proveniente de pais impedidos de se casarem.

O art. 358 do Código Civil de 1916 proibia o reconhecimento dos filhos advindos da relação extramatrimonial. Na letra da lei eles eram chamados de *filhos incestuosos e adulterinos.*

A mesma discriminação se dava no âmbito da relação matrimonial, pois era o homem, marido, quem exercia a *chefia da família*. Conforme o art. 233 do antigo Código Civil, ao marido competia a representação legal da família, a administração dos bens comuns e particulares da mulher, o direito de fixar e alterar o domicílio da família, o direito de autorizar a profissão da mulher e sua residência fora do teto conjugal, bem como o provimento financeiro da família[215].

Essa realidade, pelo menos formalmente, apenas se modificou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como já bem ressaltado ao longo de todo este trabalho.

O art. 1º da Carta Magna de 1988, elenca como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo jurídico. Elencou como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Com fundamento na dignidade da pessoa humana, estabeleceu também, no art. 5º, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações. A vida, a liberdade e a igualdade passaram a ser assegurados como direitos fundamentais a todo e qualquer cidadão, sem distinção.

O art. 226 da Constituição Federal também demonstra o caráter igualitário e democrático da Constituição, vez que reconheceu a união estável como entidade familiar, perdendo, portanto, o casamento o seu prestígio, bem como as famílias monoparentais, formadas por qualquer dos pais e seus descendentes. De igual modo, também estabeleceu que

---

[215] Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.
Compete-lhe:
I. A representação legal da família.
II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).
III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 36 e 233, nº IV).
IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).
V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277. (BRASIL, 1916).

os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, o art. 226, §7º estabeleceu que o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Embora o Código Civil de 2002 não tenha dado o mesmo salto democrático da Constituição, é importante ressaltarmos que a liberdade prevista no art. 226 foi também transpassada para o art. 1.513 do Código Civil de 2002, que atualmente regulamenta ser proibido, a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. Por não ter mais o caráter institucional, como demonstrado no capítulo segundo, não pode existir intromissão na comunhão de vida instituída pela família.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite:

> a singeleza ilusória de apenas dois artigos, os arts. 226 e 227 da Constituição Federal, gerou efeitos devastadores numa ordem jurídica, do Direito de Família, que se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência do Direito Canônico (LEITE, 2003, p. 7-8).

O art. 227 da Constituição redimensionou a ideia de filiação, tornando inconstitucional os conceitos jurídicos de filhos *legítimos* e *ilegítimos.* O art. 226, por sua vez, incluiu, no plano do reconhecimento jurídico, um novo conceito de entidade familiar para além do casamento, tornando inconstitucional o regramento previsto no antigo Código Civil de 1916. Todas as famílias passam a ser legítimas. Na esteira do que dispõe o §8º do art. 226, é dever do Estado assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os conceitos de família *legítima* (formadas pelo casamento) e *ilegítima* (formadas sem casamento) deixaram de ter eficácia.

O conceito constitucional de família tornou-se abrangente. Famílias homoafetivas foram reconhecidas pelos Tribunais Superiores. Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 364, estabeleceu o entendimento de que o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Em si mesmas, elas são família.

Em decorrência do art. 1º, inciso III, da Constituição, a doutrina civilista criou o chamado *princípio do respeito à dignidade da pessoa humana* (GONÇALVES, 2023). Como sustenta Gustavo Tepedino, “a milenar proteção da família como instituição, unidade de

produção e reprodução dos valores culturais, éticos e religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros" (TEPEDINO, p. 48-49, 1997).

Os movimentos sociais e políticos feitos no século XX, a evolução do conhecimento científico, a globalização e, consequentemente, a promulgação da Carta Magna de 1988, promoveram profundas mudanças na estrutura da família brasileira. Como sustenta Rodrigo da Cunha Pereira (2016b), essas mudanças, ao trazerem novos ideais, provocaram um declínio do patriarcalismo e fundamentaram as bases da família nos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, por permear toda a nossa Constituição, também constitui a base da comunidade familiar, como forma de garantir os direitos fundamentais e a realização de todos os seus membros.

Outro princípio importante para a análise desta categoria constitui-se no *princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros*. Como mencionado, a promulgação da Constituição Federal de 1988 tornou inconstitucional a ideia de *chefia da família* pelo homem. A regulamentação do art. 226, §5º da Constituição acabou, pelo menos formalmente, com o poder marital dentro das relações familiares.

O *princípio da igualdade jurídica de todos os filhos* também fundamenta todo o direito civil. A instituição filiação *legítima* e *ilegítima* foi tornada inconstitucional pelo art. 227, §6º da Constituição, que regulamentou que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (BRASIL, 1988). O dispositivo vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana e do art. 5º, que proíbe, para todos os fins, qualquer forma de discriminação.

O *princípio da liberdade de constituir uma vida familiar* também permeia o direito de família. O princípio também advém da Constituição de 1988, que institui, para grande parte das doutrinas, a liberdade de constituir uma família, seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer restrição ou imposição de pessoa física ou jurídica. O casamento deixa de ser, portanto, o foco de proteção único da Constituição Federal, vez que outras entidades, formadas às margens do casamento, passaram a ser protegidas[216].

[216] Sobre o *princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar*, comentou Carlos Roberto Gonçalves:
"*Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar*, seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado, como dispõe o supramencionado art. 1.513 do Código Civil. Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar (CC, art. 1.565), intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226, §7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar

O *princípio da não intervenção ou da liberdade* também fundamenta o Direito de Família no Brasil. Como já mencionado, o art. 1.513 do Código Civil de 2002 proíbe qualquer pessoa, de direito público ou privado, intervir na comunhão de vida instituída pela família. O direito fundamental de liberdade, insculpido no art. 5º da Constituição, permeia este princípio.

Embora os fundamentos do Direito Civil tenham se alterado ao longo dos anos com o objetivo de tornar o nosso sistema jurídico civilista mais igualitário, laico e democrático, é possível percebermos que, a despeito dos direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna de 1988, as Cortes Superiores interpretam os casos do presente com os olhos voltados ao passado. Corriqueiramente, preceitos, entendimentos e conceitos vigentes antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 são resgatados e aplicados. O Código Civil de 1916, embora morto, constantemente é ressuscitado pelas Cortes.

Analisando a situação de maneira metafórica, as Cortes Superiores podem ser personificadas na figura de um motorista, que dirige um veículo em uma estrada de mão única, rumo ao futuro. Em vez de manter os olhos à frente, o motorista dirige sem retirar a visão do retrovisor. O passado permeia as decisões dos Tribunais Superiores.

O caso de Joana da Paixão Luz (Recurso Extraordinário nº 397.762/BA) demonstra bem essa interpretação retrógrada promovida pelos tribunais superiores.

Logo na ementa, é citado um preceito que faz referência a uma história bíblica:

> COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.
> (RE 397762, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03-06-2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-03 PP-00611 RTJ VOL-00206-02 PP-00865 RDDP n. 69, 2008, p. 149-162 RSJADV mar., 2009, p. 48-58 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 129-160).

Segundo os Ministros do Supremo, a distinção entre os institutos *companheira* e *concubina* é necessária sob pena de prevalecer a *babel*. Como demonstrado no Anexo A desta pesquisa, a palavra *babel* se remete a uma história bíblica, fazendo denominação da Babilônia, antiga cidade pertencente à região da Baixa Mesopotâmia.

(CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (art. 1.639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (art. 1.634); e a livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família." (GONÇALVES, 2023, p.1039).

Segundo o livro de Gênesis, deslocando-se em direção ao oriente, os *homens* descobriram uma planície na terra de Sinar e povoaram-na. Após, o povo teria decidido construir uma cidade com uma torre altíssima, que chegasse até o céu. Acreditava-se que, dessa maneira, seriam honrados e abençoados na terra.

Conforme conta o livro bíblico de Gênesis (Gn 11), Deus desceu para ver a cidade e a torre que estavam levantando. Ao deparar-se com a imensidão da construção, Deus entendeu que não haveria limites para aquele povo e para tudo o que ousassem fazer. Para tanto, fez com que os idiomas dos construtores se misturassem, de forma que um não entenderia o outro. A torre então, que tinha a intenção de alcançar o céu, foi erguida com defeitos e não prosperou.

A partir desses preceitos bíblicos, de acordo com o Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa Michaelis (2023), o termo *babel* está relacionado à noção de confusão de línguas, algazarra, desorganização e desordem.

Confundir os termos "companheira" e "concubina" para o Supremo Tribunal Federal, desencadearia, portanto, a confusão de línguas, a algazarra e a desordem da sociedade.

Esse trecho do julgado de Joana demonstra, ainda que de maneira muito precária, a influência do cristianismo na atuação dos Tribunais Superiores. Como demonstrado nos capítulos primeiro e segundo, a Igreja influenciou toda a legislação civilista e a doutrina, que inegavelmente, carregam consigo preceitos cristãos. Pela lógica, esses preceitos também se fazem presentes, ainda que de maneira implícita, nas decisões dos Tribunais Superiores.

Embora a Constituição Federal tenha proibido qualquer forma de discriminação e acabado com a ideia de famílias *legítimas* e *ilegítimas*, desde 2008 as Cortes Superiores ainda utilizam essas terminologias para se referir, respectivamente, ao casamento e ao concubinato. A relação de Valdemar do Amor e sua esposa foi categorizada como família *legítima*, enquanto que a relação com Joana, categorizada como *relação ilegítima.*

São terminologias ainda muito utilizadas que entram diretamente em choque com os preceitos igualitários da Constituição que, como demonstrado, tornou inconstitucional qualquer forma de discriminação. A inconstitucionalidade da distinção entre filhos *legítimos* e *ilegítimos*, prevista expressamente em nossa Constituição, em nada impactou a atuação dos Tribunais Superiores em relação às concubinas.

No caso de Joana, especialmente, outro elemento demonstra como a atuação do Supremo Tribunal Federal está embasada no passado. Quando do julgamento do caso de Joana, o crime de adultério, previsto no art. 240 do Código Penal, já estava revogado há, pelo menos, 2 (dois) anos. A revogação, no entanto, não foi nenhum impeditivo para a sua utilização como embasamento para o caso.

O inteiro teor do acórdão também demonstra como os preceitos patriarcais estão entranhados na atuação da corte. Em diversas passagens, faz-se a menção ao Valdemar do Amor como *chefe de família*, prerrogativa esta que já estava declarada inconstitucional há, pelo menos 19 (dezenove) anos quando do julgamento do caso. Vejamos:

> A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a mulher. Percebe-se que houve um envolvimento forte – de Valdemar do Amor Divino dos Santos e Joana da Paixão Luz -, projetado no tempo – 37 anos -, dele surgindo numerosa prole – nove filhos -, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de haver sido mantido o casamento com quem Valdemar contraíra núpcias e tivera onze filhos (BRASIL, 2008, p. 6).

A mesma situação – utilização de palavras que fazem referência a termos bíblicos, o uso do crime de adultério para a fundamentação e a menção de que o homem estava na *chefia da família oficial* – pode ser vista no caso de Irani Luiza da Costa, também julgado pelo Supremo Tribunal Federal logo após o caso de Joana:

> A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a mulher. Percebe-se que houve um envolvimento forte – de Ricardo Nitz e Irani Luiza da Costa -, projetado no tempo – mais de 30 anos -, dele surgindo uma filha, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, por haver sido mantido o casamento com quem Ricardo contraíra núpcias e tivera filho (BRASIL, 2009, p. 1064).

É interessante ressaltar como o casamento ainda possui um grande valor para o Supremo Tribunal Federal. Ele é tão importante que chega a formar a *família oficial*. Novamente, os corpos legítimos, dignos de reconhecimento e tutela jurídica, precisam ser demarcados pelo casamento monogâmico.

No caso de São João Martin (Recurso Extraordinário nº 646.721/Rio Grande do Sul) também ficou clara a importância do casamento para o sistema jurídico brasileiro. Embora neste caso se tenha reconhecido a igualdade jurídica entre a união estável e o casamento, é possível perceber que este último ainda assume um patamar hierárquico de importância no Direito Civil Brasileiro.

No caso de Ricardo, julgado em 2020 pelo Supremo Tribunal Federal, os precedentes exarados nos casos de Joana e Irani há mais de 11 (onze) anos, foram aplicados sem qualquer revisão crítica.

Ricardo não teve sua união estável reconhecida com Antônio em virtude de já existir, no âmbito jurídico, a formalização de uma união estável entre Antônio e Bruna. Como Bruna formalizou primeiro, ela foi reconhecida como a legítima companheira de Antônio.

A partir do caso de Ricardo, é possível inferirmos que o Direito demarca os nossos corpos. Quem chegou primeiro para *regularizar* sua vida vence. Há, na verdade, uma verdadeira burocratização das relações afetivas, que, novamente, vai de encontro com os preceitos constitucionais.

A utilização de termos bíblicos também foi feita no julgamento do processo de Ricardo. Para sustentar a igualdade na partilha dos direitos entre Ricardo e Bruna, o Ministro do Supremo Tribunal Federal recomendou a utilização da *bíblica solução salomônica*[217]*:*

> Respeito todas as opiniões que as pessoas têm sobre o casamento, sobre a família. Porém, não estamos diante de opiniões nem escolhas filosóficas. Estamos diante de uma situação de fato, e as pessoas têm direito à própria opinião, mas não têm direito aos próprios fatos. Não importa o que cada um ache desse indivíduo ter convivido em uma união estável com duas pessoas. O fato existiu, e precisamos dar alguma consequência jurídica a ele.
> Portanto, aqui, chego à conclusão do meu voto para dizer que não está se discutindo nem a questão da monogamia nem a questão da legitimidade de duas uniões estáveis simultâneas. O que se tem são duas pessoas carentes, hipossuficientes, disputando a divisão de uma pensão previdenciária. Não é uma questão de família propriamente e em rigor, mas uma questão predominantemente previdenciária. (...)
> Não estou me manifestando sobre a legitimidade ou não de duas Uniões estáveis simultâneas, e não o faço, por achar não ser preciso e por ter uma opinião clara sobre isso.
> Sabemos que houve a convivência paralela e concomitante das duas relações, e nem sequer se sabe qual ocorreu primeiro. Nesse quadro fático, não consigo imaginar nenhuma solução se não a bíblica solução salomônica de se dividir –e aqui é possível dividir –a pensão lamente conviveram com esse cavalheiro que foi a óbito (BRASIL, 2020, p. 5).

O apego ao passado também não passou despercebido no caso de Edja Santos de Barros, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2021. A mesma lógica de relação *legítima* versus *ilegítima* também foi aplicada ao caso. O relacionamento de Edja e seu companheiro foi julgado como *ilegítimo* por ele já ser, ao tempo do envolvimento, casado.

Especialmente neste caso, o apego ao passado deixou muitos rastros. Para fundamentar sua decisão, o Superior Tribunal de Justiça utilizou um precedente de 2005, julgado há mais de 16 (dezesseis) anos quando da análise do caso. A Ministra Relatora (que teve o voto vencedor) também fez o uso da doutrina de Caio Mário da Silva, publicada há mais de 24 (vinte e quatro) anos.

A utilização dessas doutrinas e julgados resultou em um voto obsoleto. Durante todo o julgamento do caso, a expressão "concubinato adulterino" é utilizada, comprovando como o Código Civil de 1916, ainda que morto, se faz muito presente.

---

[217] A mesma situação pode ser visualizada no caso de Helena Valadares (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 619.002/MG).

Como se não bastasse, a Ministra ainda utilizou uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de 1975 para fundamentar o caso, que julgou que o *concubinato adulterino* não poderia produzir qualquer efeito. Ressalta-se: a jurisprudência utilizada foi publicada antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. A sua aplicação não foi feita de forma crítica.

A Ministra Relatora ainda se referiu ao concubinato de Edja como *concubinato impuro, concubinagem* e *concubinato adulterino*, em clara desatualização com os termos utilizados pela jurisprudência, pela legislação e pelas doutrinas.

Ao que parece, o Superior Tribunal de Justiça parou no tempo. No caso de Ana Maria Coutinho (Recurso Especial 1.391.954/RJ julgado em 2022), a Ministra Relatora (que teve o voto vencedor) fundamentou suas razões de decidir nos dispositivos do Código Civil de 1916. Julgados antigos também foram utilizados para embasamento (Recurso Especial nº 523.549/RS, julgado em 2005 e Recurso Especial nº 1047538, julgado em 2008).

A mesma desatualização pôde ser vista no caso de Severina dos Santos, já enfrentado nesta pesquisa. No julgamento, o Superior Tribunal de Justiça fez questão de diferenciar o *concubinato puro, impuro* e o *desleal*, novamente, em descompasso com os preceitos igualitários e revolucionários implementados pela Constituição Federal de 1988.

Os casos aqui citados são apenas alguns exemplos, dentre tantos, de como a atuação dos Tribunais Superiores é feita com os pés fincados no passado. Os preceitos revolucionários da Constituição são, aparentemente, esquecidos. Toda a tradição moralista, religiosa, matrimonial e patriarcal ainda se faz presente na atuação das Cortes.

A utilização desses preceitos obsoletos, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, é mais uma prova de como o patriarcado fraternal moderno se faz presente e é reproduzido diariamente pelas Cortes Superiores, afinal, o matrimônio, a moral e a religião andam juntos com o contrato sexual.

O patriarcado moderno, por ser simbólico, quase invisível, se faz presente em mecanismos jurídicos que parecem ser, em um primeiro momento, neutros. Ele se faz presente, por exemplo, na utilização de ideais bíblicos, na ideia de *chefia da família* pelo homem, de família legítima e ilegítima, bem como na utilização descabida do Código Civil de 1916. A utilização de preceitos e interpretações defasadas fazem com que, lentamente, a máquina do patriarcado continue em funcionamento.

Diante dos preceitos revolucionários, democráticos e igualitários da Constituição, não resta outra saída a não ser olhar para o passado e replicar, de maneira inconstitucional, a tradição moralista e patriarcal. A consequência da interpretação obsoleta é clara: mulheres são corriqueiramente destinadas à invisibilização a partir de preceitos infundados. Os princípios do

respeito à dignidade humana, igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, e da liberdade e não intervenção são, claramente, descartados pelos Tribunais. Na verdade, eles só servem como elementos introdutórios às doutrinas de Direito de Família, inaplicáveis na prática.

3.6.7 Instabilidades das provas necessárias ao reconhecimento da união estável e as aplicações indevidas da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça

A partir do estudo jurisprudencial feito nos Anexos A e B desta pesquisa, constata-se uma clara instabilidade de posicionamentos no reconhecimento da união estável. Essa instabilidade decorre, diretamente, da falta de definição, na doutrina e na jurisprudência, de quais são as provas necessárias para o reconhecimento jurídico da união estável. Explicaremos melhor a partir da análise dos casos.

O caso de Teresa de Jesus Moraes Barroso (Recurso Extraordinário nº 161.320/Rio de Janeiro) ilustra bem esta instabilidade. O primeiro grau de justiça entendeu que a contribuição de Teresa para a formação do patrimônio comum do casal estava caracterizada. Estava comprovado nos autos o extenso relacionamento do casal, bem como o fato de que residiam juntos sob o mesmo teto, situação esta confirmada pelo juízo de origem. O segundo grau de justiça, analisando as mesmas provas, concluiu que a companheira não colaborou financeiramente para a aquisição dos bens adquiridos, sob a justificativa de que tinha um salário insuficiente para ajudar o companheiro a adquirir o patrimônio. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o caso, concordou com o posicionamento do 2º grau e não concedeu qualquer direito à Teresa[218].

A requerente Edja Santos de Barros também pleiteou juridicamente o reconhecimento de sua união estável com Ubaldo. O primeiro grau de justiça julgou a ação improcedente por estar caracterizada a união concubinária. Ao analisar as mesmas provas, o segundo grau de jurisdição reconheceu a união estável e, como consequência do reconhecimento, entendeu que Edja teria direito ao recebimento da pensão previdenciária. O Supremo Tribunal Federal, ao

[218] A mesma instabilidade de posicionamentos pôde ser vista no caso de Alzureina Martins, amplamente analisado nesta pesquisa. Em sede de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a sociedade de fato formada entre ela e Ruy e, por conseguinte, extinguiu-a com a respectiva meação de bens. O entendimento, todavia, foi alterado no âmbito do segundo grau de jurisdição, que reformou a sentença, julgando a ação improcedente. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não alterou o entendimento. Os direitos de Alzureina não foram reconhecidos.

analisar o mesmíssimo arcabouço probatório, alterou o entendimento e reestabeleceu a sentença de primeiro grau[219].

Ana Maria Coutinho de Almeida também teve sua relação reconhecida como união estável no primeiro grau de justiça, ocasião em que o juízo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu o pagamento de seguro de vida à requerente. O mesmo entendimento foi adotado no âmbito do segundo grau de jurisdição, ocasião em que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferiu o seguinte entendimento:

> AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SEGURO DE VIDA. BENEFICIÁRIA. DISPUTA ENTRE A ESPOSA E OUTRA QUE A ELA SE EQUIPARAVA EM TERMOS DE RELAÇÃO AFETIVA. CONVIVÊNCIA PARALELA E PROPORCIONAL AO DA LEGÍTIMA COMPANHEIRA. ART.793 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. CONVIVÊNCIA DIÁRIA E DURADOURA DEVIDO RESPEITO À LIVRE VONTADE DO SEGURADO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PONDERAÇÃO DE VALORES. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.
> No caso presente o Segurado mantinha relações paralelas, tanto com a Apelante, sua esposa, como com a Apelada, companheira habitual e de longa data. Ambos os relacionamentos eram públicos e contínuos.
> Nessa hipótese, dada a particularidade da causa, não merece observância o expresso comando legal do art. 793 do Cód..Civil, que levaria a questão a uma solução injusta, preconceituosa e ultrapassada, eis que não mais representa o sentimento que emana do atual e contemporâneo espírito social.
> Atividade interpretativa do julgador, que há de ir de encontro a uma averiguação principiológica e de forma a prestigiar a igualdade e a isonomia, além de respeitar de maneira ética a vontade do próprio segurado, que até a data do óbito foi quem contribuiu com o prêmio para a formação do capital (BRASIL, 2022, p. 5).

O Superior Tribunal de Justiça, como aprofundado no Anexo B desta pesquisa, alterou o entendimento para não reconhecer Ana Maria como beneficiária do seguro por entender que a relação entre ela e o falecido não era de união estável, mas sim de concubinato[220].

Dos casos analisados até aqui, percebe-se que existe uma profunda instabilidade de posicionamentos nas instâncias decisórias das ações judiciais[221].

---

[219] A mesma instabilidade de posicionamentos pode ser visualizada no caso de Severina dos Santos. O primeiro grau de justiça reconheceu a relação entre ela e Lauro como união estável, admitindo a partilha de bens. A partir do mesmo arcabouço probatório, o segundo grau alterou o entendimento e reformou a sentença por restar configurado o concubinato impuro. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, reconheceu a união estável do casal apenas por um período de tempo.

[220] Por fim, cita-se o caso de Maria do Socorro Ximenes, quem ingressou com uma ação judicial visando o recebimento de pensão previdenciária como companheira do falecido. O primeiro grau de jurisdição julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a União ao pagamento de pensão somente aos filhos do *de cujus*. O segundo grau, por sua vez, reformou a sentença para dar provimento ao pedido formulado. Nessa instância, assegurou à recorrente o direito ao rateio de pensão por morte por restar caracteriza a união estável. Novamente, o Superior Tribunal de Justiça reestabeleceu a sentença, que não concedeu qualquer direito à Maria do Socorro Ximenes.

[221] A situação de Ricardo foi similar. No primeiro grau de jurisdição, o Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe reconheceu a existência de sociedade de fato homoafetiva e os direitos previdenciários dela decorrente. O segundo grau de jurisdição, por sua vez, ao analisar as mesmas provas, reformou a sentença sob a justificativa de que a

Em quase todos os processos, o primeiro grau de jurisdição teve um posicionamento distinto do segundo grau, envolvendo as mesmíssimas provas. Essa diferenciação dos posicionamentos aponta como a análise probatória dos casos é subjetiva e instável. Mulheres como Maria do Socorro, Edja e Ana Maria Coutinho ficam à mercê do bom entendimento do julgador para receber qualquer direito, isto é, dependem de uma análise subjetiva para receber o que é seu por direito.

Em pesquisa, foi possível constatarmos que essa variação de posicionamentos dos tribunais sequer é problematizada pelo sistema jurídico brasileiro, em evidente prejuízo às mulheres pleiteantes, vez que gera, inevitavelmente, uma clara insegurança jurídica, pois a depender do juiz e do tribunal, a solução será diferente para o caso concreto.

Não há, no âmbito dos Tribunais Superiores, qualquer movimento para se padronizar os requisitos necessários ao reconhecimento da união estável. A depender dos fatos do processo, as exigências serão diferentes, o que dificulta o pleito de reconhecimento de união estável por essas mulheres.

Ainda no tocante às provas, da análise dos casos até aqui citados, percebe-se que os Tribunais Superiores exigem muito mais provas das companheiras do que das esposas para se comprovar a existência de uma entidade familiar. As companheiras são muito mais demandadas pelas Cortes. Elas precisam comprovar, exaustivamente, a relação. Em alguns casos, até o comparecimento ao Instituto Médico Legal e o pagamento das despesas funerárias foram necessários ao reconhecimento da entidade familiar. A mesma exigência não é feita para as esposas, que apenas se preocupam em comprovar a existência jurídica do casamento. As Cortes Superiores não questionam, por exemplo, a existência da separação de fato. Diante da suposta igualdade entre a união estável e o casamento e, consequentemente entre a companheira e a esposa, as mesmas exigências probatórias deveriam ser feitas para a comprovação da vigência do casamento.

O estudo jurisprudencial também comprova que os Tribunais de Justiça estaduais possuem um entendimento mais benéfico às companheiras/concubinas. Em quase todos os casos analisados, elas foram reconhecidas no âmbito dos Tribunais inferiores. Quando o recurso chega à Suprema Corte ou ao Superior Tribunal de Justiça, o entendimento se modifica, em evidente prejuízo a essas mulheres.

---

existência de uma união estável, juridicamente reconhecida, impede o reconhecimento de um novo vínculo referente ao mesmo período. O Supremo Tribunal Federal, como demonstrado, não reformou o entendimento de segundo grau.

A instabilidade dos posicionamentos no reconhecimento da união estável gera uma amplitude e uma maior liberdade de julgamento aos Tribunais Superiores. Sem a especificação das exigências necessárias para se reconhecer a união estável, os Tribunais Superiores conseguem negar reconhecimento às relações afetivas que se constituem de maneira paralela a um casamento.

A ausência de problematização desta instabilidade e da especificação dos requisitos necessários para o reconhecimento da união estável fomenta o não reconhecimento dessas relações, bem como a exclusão de mulheres concubinas. Mostra também como o contrato sexual está em constante funcionamento. A fraternidade masculina e as marcas do patriarcado fazem-se presentes nos pequenos detalhes do nosso sistema jurídico brasileiro. A consequência da falta de interesse na problematização dessas questões reside na exclusão dessas mulheres.

A análise minuciosa dos fatos de cada processo também nos mostrou como a aplicação da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça vem sendo feita de forma indevida. Essas Súmulas se mostram, na verdade, como um artifício processual utilizado pelos Tribunais Superiores para negar reconhecimento às mulheres concubinas.

A Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal, editada em 1963, regulamenta que *para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário* (BRASIL, 1963). Por ter sido publicada em 1963, a Súmula nº 279 esteve vigente em toda a nossa análise jurisprudencial, que se iniciou no ano de 1988.

Como regra, o Supremo Tribunal Federal não pode reanalisar provas de nenhum processo em sede de recurso extraordinário, justamente por ser este um instrumento especialíssimo. O exame das provas deve ficar sob responsabilidade dos Tribunais inferiores.

Em que pese este entendimento claro, é possível constatar que o Supremo Tribunal Federal utiliza esta súmula, que tem um teor claramente processual, como um instrumento de aplicação direta da monogamia e, consequentemente, de exclusão de mulheres. A reanálise ou não das provas é feita a depender de quem maneja o recurso. Vejamos.

No caso de Maria Helena Vilela de Araújo, o segundo grau de justiça reconheceu a sociedade de fato formada com seu companheiro, bem como a sua contribuição financeira para a formação do patrimônio do casal. Paulo José, companheiro de Maria Helena, interpôs recurso extraordinário para reformar a decisão. O Supremo Tribunal Federal, neste caso, reanalisou as provas e deu provimento ao instrumento recursal de Paulo José. A reanálise probatória foi feita em favor do homem. Não foi introduzida qualquer menção à Súmula nº 279.

O mesmo movimento decisório pode ser visto no caso de Joana (concubina), quem obteve reconhecimento de sua união estável com Valdemar do Amor (casado) em sede de segundo grau. Quando o recurso foi interposto, o Supremo Tribunal Federal reanalisou as provas e mudou o entendimento para não reconhecer Joana como legítima companheira de Valdemar. Novamente, nenhuma menção à Súmula nº 279 foi feita.

Irani Luiza da Costa também conseguiu obter seus direitos previdenciários em sede de 2º grau de justiça, instância em que foi reconhecida a relação de familiaridade entre ela e o falecido por mais de 34 (trinta e quatro) anos. A esposa de seu companheiro, por sua vez, questionou o julgamento do caso ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário, instância em que obteve total êxito. De companheira, Irani passou a ser categorizada como concubina. A Corte Suprema reanalisou as provas em favor da esposa[222].

Em todos os casos citados, os recursos foram manejados por um órgão interessado, como a União, por exemplo, por homens, por esposas ou partes relacionadas com a esposa. Em todas essas situações, o Supremo Tribunal Federal reanalisou as provas e julgou os recursos procedentes, visando a proteção da monogamia.

Em contrapartida, foi possível identificarmos a aplicação, ainda que indireta, da Súmula nº 279 nos casos em que o recurso foi interposto pela concubina/companheira, inviabilizando ou dificultando a análise recursal pela Corte Suprema. Em quase todos os processos analisados, a aplicação da Súmula nº 279 ensejou o pronto não conhecimento ou o não provimento dos recursos interpostos pelas concubinas/companheiras. Vejamos.

No caso de Alda Fátima Hubner, o 2º grau de justiça não a reconheceu como legítima companheira do falecido, mas como concubina. Inconformada, Alda recorreu ao Supremo Tribunal Federal. O instrumento recursal, por sua vez, não foi profundamente analisado em virtude da incidência da Súmula nº 279. O recurso interposto por Alda não foi provido.

O mesmo movimento decisório foi feito no caso de Alzureina. O segundo grau de justiça reformou a sentença e julgou a ação de reconhecimento de sociedade de fato improcedente. O recurso extraordinário interposto por Alzureina também não foi conhecido em virtude da incidência da Súmula nº 279. Novamente, a concubina não teve sua pretensão analisada[223].

---

[222] A mesma situação se repete no caso de Rosemary do Rocio de Souza. O 2º grau de justiça julgou ser legítima a divisão de pensão previdenciária entre a viúva e a companheira do falecido, reconhecendo a união estável. Após a interposição de recurso extraordinário pela União, o Supremo Tribunal Federal reanalisou as provas e julgou ser Rosemary concubina do falecido.

[223] O recurso de Consuelo Veiga também não foi analisado em virtude da incidência da Súmula nº 279 do Supremo.

Na mesma linha do que vigora no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça regulamenta que *a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.* O mesmo movimento decisório também é feito no âmbito desta Corte.

Jaqueline Modesto, por exemplo, ingressou com uma ação declaratória de união estável, a qual lhe foi negada provimento no âmbito do segundo grau. O recurso especial interposto por Jaqueline não foi devidamente analisado em virtude da incidência da Súmula nº 7. Jaqueline, a concubina, foi prejudicada.

Bárbara Atins, quem também tentou reconhecer sua união estável, teve sua pretensão negada pelo Superior Tribunal de Justiça, que se negou a reanalisar as provas em virtude da incidência da Súmula. A mesma situação pôde ser vista nos casos de Jacilene Nogueira e Ana Maria Falconi.

Em todos esses casos, o Superior Tribunal de Justiça não analisou de maneira devida os recursos especiais manejados pelas companheiras/concubinas em virtude da incidência da Súmula nº 7.

Em contrapartida, os recursos especiais manejados por órgãos competentes, homens e esposas, foram analisados. Nestes casos, o Superior Tribunal de Justiça sequer mencionou a Súmula nº 7. Vejamos.

No caso de Edja Santos de Barros, o segundo grau de justiça deu provimento à ação de reconhecimento de união estável. A relação entre Edja e Ubaldo foi reconhecida como união estável. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o recurso especial interposto pela União, analisou as provas e reformou o entendimento, reestabelecendo a sentença de primeiro grau que julgou a ação improcedente.

A mesma situação pôde ser vista no caso da Ana Maria Coutinho de Almeida. O 2º grau do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul protegeu Ana Maria lhe concedendo o seguro de vida feito por seu companheiro. A relação de familiaridade foi, portanto, reconhecida. Esther Natividade, esposa do falecido, interpôs recurso especial questionando a decisão de segundo grau. O Superior Tribunal de Justiça analisou o recurso e as provas do processo, reformando, novamente, a decisão de 2º grau. Ana Maria foi despromovida a concubina. A esposa do falecido, novamente, obteve êxito.

Tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é possível visualizarmos o mesmo movimento decisório: as Cortes se utilizam da Súmula nº 279 e da Súmula nº 7 como um instrumento de aplicação indireta da monogamia.

O estudo jurisprudencial nos fornece indícios de que a aplicação das súmulas, apesar de serem instrumentos jurídicos neutros e eminentemente processuais, dificulta o acesso de mulheres concubinas às instâncias superiores.

Todos os recursos manejados pela parte contrária citados neste tópico foram analisados pelas Cortes, isto é, houve reanálise probatória, em violação às mencionadas Súmulas. Nestes casos, se os instrumentos recursais interpostos não fossem conhecidos, concubinas e companheiras teriam ganhado a ação, uma vez que foram reconhecidas nas instâncias inferiores.

Em contrapartida, os recursos manejados pelas companheiras/concubinas foram ou julgados improcedentes ou sequer foram conhecidos em virtude da incidência das mencionadas Súmulas. Por questões puramente processuais, mulheres concubinas foram destinadas então ao limbo jurídico, enquanto que os homens e as esposas tiveram suas pretensões jurídicas atendidas.

Percebe-se que os Tribunais Superiores, a exemplo do caso de Joana da Paixão (julgado pelo Supremo Tribunal Federal) e Ana Maria Coutinho de Almeida (julgado pelo Superior Tribunal de Justiça), exercem, na verdade, as funções dos tribunais de origem na análise dos casos. A depender da parte requerente, as provas do processo são indevidamente reanalisadas. Especialmente no caso de Ana Maria Coutinho, o Superior Tribunal de Justiça discordou do entendimento prolatado no âmbito do primeiro e segundo grau de jurisdição, instâncias essas sim aptas a realizarem a análise probatória do processo. Após a reanálise probatória, Ana Maria, reconhecida como legítima companheira no primeiro e segundo grau de justiça, foi desqualificada para concubina. As Cortes Superiores revestem-se das funções ordinárias dos tribunais de origem para negar ou retirar direitos das mulheres concubinas.

A partir de todo este relato, é possível constatarmos que as Cortes Superiores não viabilizam de maneira adequada o acesso jurídico destas mulheres à instância especial e extraordinária. Por carregarem consigo um pesado estigma discriminatório, seus recursos já são desde logo barrados na análise formal. As esposas, por terem o claro privilégio histórico do casamento, estão tendo a prerrogativa de reanálise probatória do processo em sede especial ou extraordinária.

Novamente, estes fatos demonstram como o patriarcado se faz presente na atuação das Cortes Superiores. Ele, na verdade, incide nos mínimos detalhes, seja nas regras materiais ou processuais. Toda a máquina jurídica é voltada para proteger a monogamia, o homem e, precisamente, o casamento.

O uso dos corpos de mulheres em relações extramatrimoniais continua sendo legitimado sem qualquer reconhecimento pelos Tribunais Superiores.

3.6.8. Aplicação do Direito como a força necessária para controlar as paixões dissidentes e os corpos de mulheres: mulheres como fonte de instabilidade e dignas de controle pela imposição da monogamia

Ao longo de toda esta pesquisa, argumentou-se que a monogamia foi implementada pela sociedade e pelo Direito com o objetivo de controlar as paixões dissidentes e os corpos, principalmente de mulheres. Esse controle, como demonstrado nos capítulos primeiro e segundo, esteve evidente ao longo de toda a história e, principalmente, em toda a trajetória do sistema jurídico civilista brasileiro, isto é, desde as Ordenações Filipinas até o Código Civil de 2002.

A análise jurisprudencial indica que este controle também é feito pelos Tribunais Superiores Brasileiros. O Direito é aplicado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça como uma força necessária para controlar os corpos e as paixões. O histórico controle presente em nossas legislações e doutrinas foi reverberado para o âmbito de atuação dos Tribunais Superiores.

O controle dos corpos pode ser visto ao longo de diversos julgados. Toda as vezes que as Cortes taxam uma mulher de *concubina* e negam-lhe direitos, o controle está sendo exercido. Nestes casos, o Direito se incide como uma medida corretiva, com o intuito de punir essas mulheres e incentivar a prática da monogamia na sociedade. Todavia, nos casos de Joana da Paixão, Irani Luiza e Edja Barros ele pode ser expressamente visualizado.

No caso de Joana da Paixão Luz, o controle do corpo *feminino* esteve evidente. Em todo momento, durante todo o acórdão, Joana é penalizada por ter decidido se envolver com Valdemar do Amor. No entanto, no voto da Ministra Cármen Lúcia, o controle feito pelo sistema jurídico fica ainda mais evidente. Segundo a Ministra, o Direito não pode nos proibir de nos apaixonarmos por alguém, “agora, o Direito pode proibir-me, sim, de praticar determinadas condutas, se estiver casada e se forem elas contrárias ao Direito” (BRASIL, 2008, p. 2).

O Direito incide, assim, não sob as nossas emoções e sentimentos, uma vez que não possui esta capacidade. Ele incide sobre as nossas condutas, que são movidas pelas emoções, sentimentos e prazeres. Caso a conduta seja *contrária ao Direito* a norma incide para castigar e corrigir as ações não desejadas.

O controle dos corpos feito pelo campo jurídico brasileiro esteve evidente na análise histórica feita nos capítulos primeiro e segundo e, se confirma mais ainda, a partir da análise jurisprudencial. É evidente que o Direito se incide para domesticar os corpos e as relações.

No entanto, como sustentado, este controle é muito mais direcionado para as mulheres, que historicamente possuem a imagem de seres instáveis, peçonhentas, lascivas e traidoras. No caso de Irani Luiza, o controle feito pelos Tribunais Superiores foi claramente justificado no voto da Ministra Cármen Lúcia, para quem "Outra mulher é sempre um fator de instabilidade" (BRASIL, 2009, p. 1068). A instabilidade causada pela mulher precisa ser compensada então pelo Direito. É inegável que a construção histórica pejorativa da imagem feminina influenciou e influencia, diariamente, a atuação dos Tribunais Superiores.

Tal qual como foi feito pelo Brasil Colônia, pela Igreja, pelas Ordenações Filipinas, pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Civil de 2002, percebe-se que as Cortes Superiores controlam os corpos *femininos* por serem eles indomáveis e, historicamente, transgressores. O remédio para a perdição causada pelo corpo feminino é, então, a sua exclusão.

O Direito se incide também para domesticar os corpos em virtude da "perturbação social" causada pela infidelidade e pelas relações paralelas, tal como sustentou a Ministra Relatora no caso de Edja Santos de Barros, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. O controle desta *perturbação* é feito a partir da aplicação da monogamia, que se incide pelo Direito para domesticar os corpos e punir todos aqueles que visem transgredir a ordem *moral.* A monogamia, junto com todo o seu embasamento patriarcal, se incide para engessar as relações e castrar os corpos de mulheres que transgredem a ordem moral.

Como demonstrado, é a partir da monogamia que o controle dos corpos é feito e, consequentemente, que a manutenção do patriarcado fraternal moderno e do contrato sexual é gerida. A submissão da mulher e o controle dos seus corpos indomáveis estão pressupostos na imposição da monogamia no Direito brasileiro. O histórico caráter transgressor do corpo feminino é confirmado todas as vezes em que uma mulher é taxada de *concubina*. O seu não reconhecimento e a sua exclusão são as medidas punitivas impostas pelo Direito, visando a correção de suas condutas e a prevenção da *ordem moral* monogâmica.

3.6.9 Proteção dos direitos da pessoa morta em detrimento da proteção da companheira/concubina viva: utilização de teses contraditórias pelas Cortes Superiores que prejudicam o reconhecimento de direitos às mulheres pleiteantes

A partir da análise jurisprudencial constante nos Anexos A e B desta pesquisa, observa-se uma certa *tendência* das Cortes Superiores em proteger os direitos da pessoa falecida em detrimento da parte viva requerente. A adoção desse entendimento resultou, como veremos, no

não reconhecimento jurídico dos direitos da parte pleiteante, que, no caso analisado, foi uma mulher taxada de concubina.

Em contrapartida, a proteção da vontade da pessoa falecida deixa de ser considerada quando ela está direcionada para a proteção da concubina. O assunto é, portanto, contraditório no âmbito das duas Cortes Superiores, no entanto, em que pese a contradição, os objetivos alinham-se em um só: na reunião de fundamentos para a não concessão de direitos à mulher concubina.

Para aprofundarmos o cerne da questão é interessante o exame do caso de Raimunda Alves de Oliveira (Mandado de Segurança nº 32.652/Distrito Federal), julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2020.

Raimunda Alves, de 74 (setenta e quatro) anos, se envolveu amorosamente com Egídio Maciel por longos anos. Ao tempo de toda a relação, Egídio era casado com Norma Rios Maciel. Da relação com Raimunda, foram gerados dois filhos.

Antes de falecer, Egídio Maciel celebrou com Raimunda um acordo de pagamento de pensão alimentícia em uma ação de alimentos. Neste acordo, devidamente homologado pelo juízo de origem, foi reconhecida a união estável mantida por Egídio e Raimunda, ocasião em que as partes declararam ter convivido juntos por muitos anos, nascendo dessa união os dois filhos.

Conforme as informações constantes no processo, a sentença que homologou o acordo determinou, em favor de Raimunda, o pagamento de pensão no percentual de 25% (vinte e cinco por cento) dos rendimentos brutos de Egídio Maciel.

Em data não divulgada, Egídio Maciel faleceu. Em razão desta circunstância, o Ministério da Educação determinou a partilha da pensão entre a companheira Raimunda e Norma Rios Maciel, a esposa do *de cujus*, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada. Consta nos autos a informação de que a interessada recebeu a pensão em divisão com a esposa do *de cujus* até 2005, quando ela faleceu e passou a recebê-la de maneira integral. Os fatos indicam que, em nenhum momento, a viúva do ex-servidor questionou o pagamento da pensão à Raimunda.

As provas comprovam que a pensão por morte recebida por Raimunda em decorrência do falecimento de Egídio era o seu único meio de subsistência.

Após o falecimento de Norma Maciel, o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão nº 6.104/2013135, cessou o pagamento de pensão à companheira Raimunda por ausência de reconhecimento judicial de união estável. Em que pese a alegação de que não havia

o reconhecimento judicial da relação, há no acórdão a informação de que, no formulário de concessão de pensão civil de Egídio, constavam os nomes de Raimunda e Norma Rios Maciel.

Visando receber a pensão, seu único meio de subsistência, Raimunda impetrou o Mandado de Segurança ao Supremo Tribunal Federal com pedido de liminar para a cassação do Acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) nº 6.104/2013135.

Em análise preliminar, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ministra Relatora Cármen Lúcia, concedeu a medida liminar para cassar o mencionado acórdão, reestabelecendo a pensão por morte de Raimunda.

Após a manifestação da Procuradoria-Geral da República em 2016, a Ministra Cármen Lúcia reconsiderou os termos de sua decisão prolatada há mais de dois anos, cassando a liminar deferida em favor de Raimunda. O fundamento utilizado pela Ministra chama atenção. Para ela, a sentença proferida na ação de alimentos não deveria ser considerada como meio de prova para a comprovação da união estável, em virtude da existência do casamento à época dos fatos. Em sua visão, a ratificação do acordo da ação de alimentos tem pouca influência sobre o primeiro título jurídico, qual seja, o casamento. A principal questão suscitada foi a de que Norma Rios Maciel – a esposa – não participou da ação de alimentos figurada por Raimunda e Egídio Maciel. Ante a ausência de notificação da esposa, na visão da Ministra, o acordo não deveria produzir seus efeitos jurídicos, impactando, então, na concessão da pensão à Raimunda.

Sintetizando o posicionamento da Ministra Relatora no caso, comentou o Ministro Dias Toffoli:

> Dessa perspectiva e em razão de o reconhecimento da união estável entre Egídio Barbosa Maciel e RAIMUNDA ALVES DE OLIVEIRA ter ocorrido em sede de processo judicial do qual Norma Rios Maciel não participou, a Relatora, Ministra Cármen Lúcia, apoiada no parecer da Procuradoria- Geral da República, concluiu que o deferimento da ordem no presente writ extrairia de Norma Rios Maciel, na qualidade de cônjuge virago, a oportunidade de comprovar configurar a relação de Egídio Barbosa Maciel com RAIMUNDA ALVES DE OLIVEIRA situação de concubinato, distinta da união estável para fins de procedência da pretensão securitária, não se prestando a sentença proferida no Acordo de Alimentos no 2004.07.1.022847-5 como elemento de prova suficiente para comprovar a liquidez e a certeza do direito reivindicado neste mandado de segurança (BRASIL, 2020, págs. 10-11).

Na análise de mérito do Mandado de Segurança, a Ministra repetiu esses argumentos no sentido de que a esposa teria, caso a pensão fosse concedida, a violação de seus direitos, na medida em que não participou da ação de alimentos em que foi declarada a existência de união estável entre Egídio e Raimunda. Ressalta-se que, ao tempo do julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal, Norma Rios Maciel já estava morta. Com exceção de Raimunda – a pleiteante -, não existia então qualquer direito a ser protegido em vida.

A fundamentação de Cármen Lúcia não obteve êxito. Todavia, o julgamento do caso foi disputado. Por três votos contra dois, Raimunda recebeu o que era seu de direito, mas a proteção da falecida Norma Rios Maciel ganhou peso na sustentação e ensejou, como mencionado, a cassação da medida liminar outrora concedida pelo Supremo Tribunal Federal[224].

O caso de Raimunda, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, nos mostra bem a relevância que os direitos da pessoa falecida assumem no julgamento de um caso envolvendo o reconhecimento da união estável. Especialmente neste processo, havia um título judicial reconhecendo a existência da união estável, devidamente homologado pelo juízo de origem. A união estável estava juridicamente reconhecida. A não participação de Norma Rios Maciel na ação de alimentos foi, basicamente, o motivo que ensejou a cassação da medida liminar concedida. Ressalta-se que, ao tempo da cassação, Norma já estava morta. Não havia mais direito a ser tutelado. No caso, apenas os direitos de Raimunda poderiam ser protegidos, especialmente em virtude de depender financeiramente da pensão previdenciária.

Em contrapartida, podemos também visualizar o caso de Ana Maria Coutinho de Almeida (Recurso Especial nº 1.391.954/RJ julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2022), já explorado nesta pesquisa.

Ana Maria manteve longa relação – desde 1970 - com um indivíduo casado. Esse indivíduo apresentava Ana Maria como sua esposa. Com ela, teve um filho, o interessado Marcelo de Almeida Valle. Em data não divulgada, esse indivíduo faleceu. Todavia, antes de seu falecimento, inseriu Ana Maria em um seguro de vida perante a empresa Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A.

O seguro de vida feito pelo *de cujus* fixou Ana Maria como primeira beneficiária e, na sua falta, o filho Marcelo de Almeida Valle. O montante do seguro seria destinado no valor de 75% (setenta e cinco) por cento à companheira Ana Maria e o restante apenas ao filho do casal. A esposa Esther Natividade Villa Alvarez Lima não foi elencada dentre os destinatários.

Como mencionado em outros momentos, as duas instâncias de julgamento entenderam que Ana Maria fazia *jus* ao recebimento do seguro, pois estava comprovado que, a despeito do *de cujus* ser casado, era a sua efetiva companheira. A relação de familiaridade estava caracterizada.

---

[224] O mesmo movimento decisório, de proteção da vontade e dos direitos do falecido, em detrimento do companheiro vivo, pôde ser visto no voto do Ministro Relator no caso de São Martin Souza da Silva (Recurso Extraordinário nº 646.721/ Rio Grande do Sul) julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2017. Embora vencido, o Ministro Relator Marco Aurélio prezou pela proteção da vontade do companheiro falecido em detrimento do reconhecimento dos direitos do companheiro vivo.

Em que pese todo o entendimento evoluído dos Tribunais de origem, o Superior Tribunal de Justiça reformou as decisões e entendeu que Ana Maria, na verdade, era a concubina do falecido e, por esse motivo, não poderia ser incluída como beneficiária de seguro de vida, nos moldes do art. 793 do Código Civil[225]. A vontade do *de cujus,* expressa na inclusão de Ana Maria como beneficiária prioritária do seguro de vida, foi, então, desrespeitada.

A pleiteante Ana Maria, em tese, de fato não poderia ser incluída como beneficiária de seguro de vida em virtude da redação do art. 793 do Código Civil. Todavia, em nenhum momento a Corte Superior questionou a existência de separação de fato entre o *de cujus* e Esther ao tempo da celebração do contrato de seguro. A relação de companheirismo claramente existente entre Ana Maria e o *de cujus* também não foi profundamente analisada. A inclusão de Ana Maria como beneficiária maioritária de um seguro de vida comprova a existência da relação estável entre ela e o seu companheiro falecido.

No caso de Ana Maria, a vontade do *de cujus* foi, portanto, diretamente violada. Caso a separação de fato estivesse configurada, o falecido teria a total liberalidade para indicar Ana Maria como beneficiária.

No caso de Raimunda, a Ministra Relatora tentou negar direitos à pleiteante com o objetivo de tutelar direito que não era mais possível de ser protegido. Não havia mais como Norma comprovar que a relação entre Egídio e Raimunda era de concubinato. Ao longo de todos esses anos, Norma sequer questionou o recebimento de pensão por Raimunda. Como mencionou um dos Ministros no acórdão, a Relatora do caso esvaziou o título judicial formado nos autos do acordo de alimentos para preservar interesse não mais possível de ser exercido pela titular, vez que estava morta.

A partir dos dois casos citados como modelo, é possível percebermos certa contrariedade nos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Ora os direitos e a vontade da pessoa falecida contam. Ora eles não possuem qualquer validade. É, na verdade, a finalidade quem modula a utilização destes argumentos. Se os direitos e a vontade da pessoa falecida estão condizentes com o reconhecimento jurídico da mulher concubina, o fundamento jurídico sequer é aprofundado. Nestes casos, a exemplo do processo figurado por Ana Maria, a vontade e os direitos da pessoa morta não contam para a concessão de qualquer reconhecimento. Em contrapartida, a exemplo do caso de Raimunda, se os direitos e a vontade da pessoa falecida não caminham para o reconhecimento da concubina, o fundamento jurídico é aplicado.

[225] "Art. 793. É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato." (BRASIL, 2002).

Ao que parece, o argumento da proteção dos direitos e da vontade da pessoa morta é utilizado de maneira direcionada, isto é, é aplicado apenas quando condizente com o não reconhecimento de mulheres concubinas.

Indiretamente e ainda que não mencionado, o princípio da monogamia reproduz seus efeitos. É a partir dele que os fundamentos primários (mais relevantes) e secundários (menos relevantes e incidentais) são criados e aplicados pelas Cortes Superiores para o não reconhecimento do concubinato. A proteção dos direitos da pessoa morta, em detrimento da proteção da concubina, constitui-se, claramente, em um fundamento jurídico criado indiretamente a partir do princípio da monogamia. A monogamia, por estar entranhada em todo o nosso sistema jurídico, transforma-se e reinventa-se em novos argumentos jurídicos "neutros".

3.6.10 Corrida judicial para o reconhecimento das relações amorosas causada pela monogamia e a demarcação dos corpos incentivada pelo campo jurídico

Com base no estudo da legislação, doutrina e jurisprudência realizado nesta pesquisa, constata-se que o Direito, fundamentado no princípio da monogamia, atualmente protege apenas uma relação amorosa vigente.

Na maioria dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, o Direito tutelou a relação que primeiro se iniciou juridicamente. Um exemplo clássico, presente em mais da metade dos casos analisados, é o de um indivíduo casado que, posteriormente, se envolve amorosamente com outra mulher de maneira estável. Se o casamento ainda estiver vigente, será ele o protegido pelo sistema jurídico, uma vez que, formalmente, iniciou-se primeiro.

Como regra, somente as relações amorosas juridicamente reconhecidas são aptas a conceder direitos aos pleiteantes. O reconhecimento das relações amorosas autoriza a produção de direitos em diversas searas do campo jurídico, como a sucessória e previdenciária e, justamente por isso, é tão importante para as partes pleiteantes.

A partir do estudo jurisprudencial, foi possível constatarmos que a necessidade de reconhecimento jurídico das relações, conjuntamente com a monogamia, gera, diretamente, uma corrida judicial entre as partes interessadas para o reconhecimento jurídico dessas relações. Percebe-se que essa corrida judicial é, inclusive, fomentada pelo campo jurídico brasileiro. O caso de Ricardo, julgado em 2020 pelo Supremo Tribunal Federal, ilustra muito bem esse problema. Vejamos.

Bruna e Antônio mantiveram um relacionamento amoroso por anos. Com o tempo e a estabilidade da relação, buscaram o seu reconhecimento jurídico como união estável, obtendo, para tanto, uma declaração judicial. Todavia, paralelamente à relação com Bruna, Antônio também mantinha um relacionamento estável com Ricardo, com quem conviveu por mais de 11 (onze) anos. Nos autos, não há informações sobre qual das relações começou primeiro no plano dos fatos.

Após provocação, o Supremo Tribunal Federal não concedeu qualquer reconhecimento à relação de Ricardo e Antônio, em virtude de já existir uma união estável juridicamente reconhecida. Para o Ministro Relator do caso, o simples fato de existir, no caso concreto, uma declaração judicial reconhecendo a união estável devidamente transitada em julgado, seria um impeditivo ao reconhecimento da segunda união, em razão da incidência do princípio da exclusividade ou da monogamia. O relacionamento de Ricardo só poderia ser reconhecido, na opinião dos Ministros, após o processamento de uma ação anulatória para invalidar a primeira união juridicamente reconhecida com Bruna.

A partir do caso de Ricardo, percebe-se que o campo jurídico brasileiro fomenta uma verdadeira corrida judicial entre as partes pleiteantes para o reconhecimento de suas relações amorosas. Em virtude do princípio da monogamia, que permite, como mencionado, apenas o reconhecimento jurídico de uma relação, as partes interessadas precisam correr, o quanto antes, ao judiciário para reconhecer os seus relacionamentos. A parte também envolvida, mas que se atrasa, por diversos motivos, para o reconhecimento judicial, perde seus direitos. No caso, Ricardo, por ter chegado em segundo lugar, não recebeu qualquer benefício decorrente de sua relação com Antônio. O relacionamento com Bruna, todavia, recebeu o selo de qualidade do Poder Judiciário.

Além da corrida judicial, constata-se também a presença de intensa burocratização das relações sociais. No caso, estava constatado que Ricardo era dependente financeiramente de Antônio e que possuía com ele uma relação amorosa e estável de mais de 10 (dez) anos. Todavia, o campo jurídico, para reconhecer essa relação, obrigou a parte interessada a ajuizar uma ação anulatória para a invalidação da primeira união estável.

Paralelamente ao precedente de Ricardo, podemos visualizar o caso de Severina dos Santos (Recurso Especial nº 1.916.031/MG) julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2022.

Lauro e Severina se envolveram amorosamente de maneira estável desde 1986. Da relação, dois filhos nasceram. Tanto Lauro quanto Severina eram solteiros desde o início do envolvimento. Em 2014, após 28 (vinte e oito) anos, os dois resolveram terminar a relação.

Ocorre que, na constância da relação com Severina, devidamente estabilizada, em 1989 Lauro decidiu se casar com Rosalina. O casamento de Lauro e Rosalina esteve vigente até, pelo menos a data de julgamento do caso pelo Superior Tribunal de Justiça em 2022.

Visando receber seus direitos, Severina ajuizou uma ação de reconhecimento de união estável. Após todos os trâmites processuais descritos no Anexo B desta pesquisa, o caso foi encaminhado, em sede de recurso especial, ao Superior Tribunal de Justiça. Em análise, a Ministra Relatora entendeu que a união estável estava caracterizada entre Lauro e Severina pelo período de 1986 a 1989 (ano em que ele se casou com Rosalina). Ao mesmo tempo, a Ministra reconheceu a relação de *concubinato* impuro entre os dois pelo período de 1989 a 2014, quando Lauro já estava formalmente casado com Rosalina.

Novamente, o caso de Severina demonstra a corrida judicial criada e fomentada pelo campo jurídico para o reconhecimento das relações amorosas. Severina, por não ter, desde logo, buscado o reconhecimento jurídico de sua união estável, virou, em decorrência do casamento de Lauro, a amante. O casamento, ocorrido muito tempo depois do início da união estável, desqualificou Severina para o título de concubina. Se Severina tivesse a astúcia de reconhecer a sua união estável com Lauro, este não poderia ter se casado com Rosalina.

De igual forma, é possível percebermos que apenas uma relação recebe o selo de qualidade do Poder Judiciário, que, no caso, foi o casamento – relação que primeiro se formalizou juridicamente. Severina, companheira de Lauro por mais de 28 (vinte e oito) anos, além de levar consigo o título de *amante*, não recebeu todos os direitos que devidamente lhe pertenciam.

O reconhecimento da relação que primeiro se iniciou juridicamente não é, portanto, a solução mais adequada. A exemplo de Severina e Ricardo, companheiros são desqualificados para a posição de *concubinos* pelo simples fato de não terem acessado o judiciário no momento correto. A saída utilizada pelas Cortes Superiores mostra-se incoerente com a realidade dos fatos. Prioriza-se a realidade jurídica em detrimento da realidade fática.

O acesso dificultoso à justiça, por diversas questões como, por exemplo, a financeira, prejudica mulheres companheiras interessadas no reconhecimento de suas relações amorosas. A pleiteante Severina constitui-se em um clássico exemplo da mulher que não conseguiu obter acesso à justiça no momento adequado. A busca tardia do Poder Judiciário lhe custou, literalmente, muito caro.

A atual situação jurídica do reconhecimento das relações amorosas pode ser equiparada à situação metafórica de uma terra sem demarcação de proprietário. Querendo construir uma propriedade, uma pessoa chega, cerca aquela terra e coloca nela uma bandeira com o seu nome

e com a informação de que aquele espaço é seu. A situação é a mesma no nosso sistema jurídico. Quem chega primeiro, demarca o corpo, isto é, quem chega antes torna-se proprietário do corpo do outro.

A demarcação dos corpos causada pela monogamia é, ao mesmo tempo, auxiliada pelo Direito que, com apoio neste poder, circunscreve os corpos e as relações a partir do critério temporal. Tal qual como em uma conquista de terras, ganha o selo de propriedade quem chegar primeiro.

Nessa disputa pelos corpos, apenas os homens saem ganhando. Na grande maioria dos casos analisados envolvendo relações extramatrimoniais estáveis, não houve divisão de pensão e, muito menos, partilha de bens entre a esposa e a concubina.

A partir da demarcação dos corpos e da monogamia, o Direito blinda o patrimônio do homem e, ao mesmo tempo, banaliza suas relações extramatrimoniais, simplificando-as mesmo quando constituídas como verdadeiras famílias.

Quem paga o preço das relações extramatrimoniais são apenas as mulheres, que mesmo solteiras, são punidas e destinadas à invisibilização pelo sistema jurídico brasileiro.

Todas as vezes em que uma mulher *concubina* não é reconhecida como efetiva companheira, o poder masculino é reafirmado e, ao mesmo tempo, o contrato sexual é mantido. O uso dos corpos de mulheres em relações extramatrimoniais sem qualquer reconhecimento jurídico é diariamente legitimado pela demarcação corporal causada pela monogamia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A seguinte pergunta-problema norteou toda esta pesquisa: *De que maneira o campo jurídico brasileiro, por meio de seus Tribunais Superiores, ao incorporar como padrão a sexualidade monogâmica, reproduz uma lógica de controle e subjugação de mulheres?*

De maneira geral, este estudo visou compreender como o campo jurídico, por meio de seus Tribunais Superiores, reproduz e impõe a monogamia no Brasil como um mecanismo de subjugação e inferiorização de mulheres. Em outras palavras, teve por objetivo compreender de que maneira os Tribunais Superiores se utilizam da monogamia, ainda que indiretamente, como um instrumento para controlar, inferiorizar e subjugar as mulheres no Brasil.

Em um primeiro momento, o leitor poderia pressupor que esta pesquisa faria, tão apenas, uma análise jurisprudencial da temática e, quando muito, legislativa. De fato, a pergunta refere-se à atuação dos Tribunais Superiores. No entanto, como demonstrado no primeiro capítulo, o estudo da monogamia e da submissão de mulheres estaria reduzido sem a abordagem antropológica, sociológica e política que acompanha a temática. Pesquisar a monogamia e a inferiorização das mulheres sob o aspecto jurisprudencial e normativo requer todo um arcabouço teórico, mesmo que mínimo, em interlocução com as áreas das ciências sociais.

Para responder à pergunta-problema proposta, em um primeiro plano, este estudo se comprometeu em examinar a trajetória da monogamia, da mulher e do casamento na história da sexualidade e suas introduções no Direito brasileiro. Este foi o capítulo introdutório desta pesquisa, nos fornecendo as primeiras bases para a formulação da resposta à pergunta-problema proposta.

O capítulo introdutório teve como ponto partida o estudo do casamento privado, celebrado e concretizado antes da influência da Igreja Católica. A fixação deste marco teórico inicial nos forneceu a constatação de que, diferentemente do que pensam os leigos, o matrimônio não foi uma criação da Igreja. O casamento esteve presente no meio social muito antes de a Igreja exercer, de fato, a sua influência. Como demonstrado, a história do casamento monogâmico extrapola os preceitos cristãos e antecede a sua própria instituição como sacramento.

A adoção deste ponto de partida nos forneceu a possibilidade de fazermos um cotejo entre os fundamentos e as finalidades do casamento *laico* – celebrado antes da intromissão da Igreja – e os fundamentos e as finalidades do casamento religioso, sacramentado pela Igreja Católica.

No primeiro tópico deste estudo, demonstrou-se que, no século X, antes de a Igreja exercer sua influência, o casamento era realizado de maneira privada, nos lares dos indivíduos prometidos. Neste período da história, o casamento não era um instituto difundido, tal como conhecemos hoje. Ao mesmo tempo, ele também não era desejado e, muito menos, necessário. A monogamia não era incentivada pela sociedade. Eventual concretização de casamentos era feita unicamente visando a propriedade privada.

Todavia, como demonstrado, a partir do momento em que a Igreja Católica passou a exercer sua influência, os fundamentos e as finalidades do matrimônio mudaram radicalmente de figura.

Diante do fracasso da corrente ascética, a Igreja viu no casamento monogâmico a solução para o controle dos corpos desenfreados. O casamento monogâmico heterossexual foi imposto e incentivado pela Igreja como uma medida paliativa para aqueles que não conseguiam ser castos. Diferentemente do casamento *laico*, o casamento imposto pela Igreja teve, como claro objetivo, a regulação dos prazeres. O casamento foi imputado como um antídoto para os prazeres dissidentes. Este fundamento, por sua vez, foi essencial na trajetória desta pesquisa, pois, como demonstrado, após séculos, ele ainda se faz presente em nossas teorias jurídicas, fundamentando a aplicação da monogamia e, por conseguinte, a subjugação de mulheres.

Como demonstrado no primeiro capítulo, o Concílio de Trento foi um importante acontecimento na trajetória da monogamia, do casamento e da mulher. Neste, a Igreja consagrou diversas regras sobre o casamento, dentre elas: o casamento enquanto um contrato, a monogamia como um princípio inegociável e o débito conjugal. A partir da celebração do casamento, o homem e a mulher tornavam-se um só para a Igreja. O corpo da mulher passava a ser propriedade do homem, motivo pelo qual ela deveria ceder aos assaltos maritais sexuais. Para a Igreja, o casamento regularizava as relações sexuais, desde que a procriação não fosse impedida. Foi a procriação, antes endemonizada pelos ascéticos, quem concedeu a "pureza" ao matrimônio.

O ponto de partida para uma resposta mais direta à pergunta-problema proposta reside nos discursos moralistas, literários e médicos disseminado após o Concílio de Trento.

Como demonstrado ainda no primeiro capítulo, os dogmas cristãos formalizados em Trento influenciaram, profundamente, os moralistas portugueses e espanhóis, eis que também passaram a se dedicar à temática do casamento. O celibato, prática difícil de ser adotada pela sociedade, foi deixado de lado para se atender aos anseios da Igreja.

Ocorre que o casamento não foi implementado pelos moralistas como um discurso único. O casamento só seria bom e aceitável se a autoridade patriarcal do homem fosse nele

exercida. A partir do Concílio de Trento, criou-se, sob o impulso cristão, diversas representações negativas sobre as mulheres. Disseminou-se a imagem de que elas são traidoras, desonrosas, malignas, gastadeiras, lascívias e, portanto, destruidoras de maridos. Essas representações, como demonstrado, foram personificadas não só pela Igreja, que buscou, a todo custo, controlar o prazer da mulher, mas também pela própria literatura da época. Até a medicina endossou o discurso. Após Trento, as mulheres foram tratadas como o *diabo doméstico* e, justamente por isso, precisavam ser controladas pelo casamento heterossexual monogâmico.

Esse tema também foi de suma importância para esta pesquisa, pois, a partir do estudo das legislações e dos julgados, pudemos constatar que a malignidade da mulher, construída após Trento, esteve presente ao longo de toda a história, inclusive, nos julgados dos Tribunais Superiores, fundamentando a aplicação da monogamia e, por conseguinte, a subjugação de mulheres.

Ainda no capítulo primeiro, demonstramos que o caráter patriarcal e machista enraizado na sociedade europeia, foi transferido para o Brasil em seu período colonial. As representações da mulher *satã* e os discursos misóginos do casamento, relacionados ao controle da mulher, foram incorporados pela Colônia como, nas palavras de Mary Del Priori, uma espécie de antídoto contra a possibilidade de rebeldia das mulheres no interior do matrimônio. Quer dizer, os fundamentos originais do casamento, implementados pela Igreja, se fizeram muito presentes na colonização do Brasil.

Especialmente no Brasil Colônia, a mulher ganhou um protagonismo maior na equiparação dos ameríndios à monstruosidade. A imagem da mulher continuou sendo interligada ao perigo e ao mal justamente por excitar, aos olhos da Igreja, os índios e os portugueses colonizadores. A Igreja viu, no casamento, a solução para o desregramento sexual causado pelas mulheres no Brasil Colônia.

A criação desse imaginário sobre a figura da mulher repercutiu, como demonstrado, nas primeiras legislações vigentes no Brasil à época. Nas Ordenações Filipinas e nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, elas foram claramente consideradas como fonte de ameaça ao controle dos prazeres e do sexo, tão almejado pela contrarreforma. Nessas legislações foram inseridas regras extremamente misóginas e patriarcais, com o claro objetivo de controlar o corpo da mulher pela monogamia.

O primeiro capítulo nos fornece indícios de que o Direito começou a legitimar o adultério masculino a partir das Ordenações Filipinas. Enquanto que a liberdade era conferida aos homens de classe alta, às mulheres só restava o controle e a morte. Em todos os casos, independentemente da classe social, o adultério da mulher casada era punido com a morte.

No período colonial, as políticas de castração foram muito mais direcionadas às mulheres. Em quase todos os casos, essas políticas de castração tiveram como instrumento a monogamia. Em outras palavras, o Estado utilizava a monogamia para subjugar as mulheres. A subjugação da mulher no Brasil Colônia não pode ser considerada sem a monogamia. A monogamia, por meio da imposição do casamento, esteve presente no processo de endemonização, controle e subjugação de mulheres. Exemplo desse controle conjugado (monogamia, mulher e submissão) foram as casas de recolhimento. Destinadas às mulheres, tinham por objetivo corrigir os seus defeitos e as desvirtudes para o casamento, com o objetivo de proporcionar o *bom viver* ao futuro marido.

Os reflexos do Brasil Colônia, das Ordenações Filipinas e das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia puderam ser vistos mais de cem anos depois no Código Civil de 1916.

Como demonstrado no segundo capítulo, o casamento também foi inserido no Código Civil de 1916 como um instituto legitimador do sexo e necessário ao controle da concupiscência. Doutrinadores da época, tais como Clóvis Beviláqua e Orlando Gomes, deixaram bem claro, em suas doutrinas, as bases, os conceitos, os fundamentos e as finalidades do matrimônio. Ao lado do controle do sexo pelo casamento, esteve também presente a subjugação de mulheres. Tal como nas Ordenações Filipinas, no Código Civil de 1916 o controle da concupiscência aparece interligado ao casamento e à subjugação de mulheres. O patriarcado era a base da legislação civilista. O lugar de invisibilização da mulher aparece como herança de uma tradição ocidental histórica, reproduzida e remodelada, sob novos olhares masculinos.

Pela redação original da legislação civilista, era o marido quem exercia a *chefia da sociedade conjugal.* Os poderes familiares estavam todos nas mãos dos homens. A subjugação das mulheres era, portanto, pressuposta. Antes da promulgação do Estatuto da Mulher casada, elas sequer poderiam trabalhar fora de casa sem a permissão do marido. Claramente, os preceitos moralistas patriarcais, construídos após o Concílio de Trento, foram inseridos na primeira legislação civil brasileira.

O estudo do Código Civil de 1916 nos forneceu uma conclusão original. Diante da possibilidade de anulação do casamento pelo *defloramento da mulher*, percebe-se que a finalidade do matrimônio, voltada para a regularização das relações sexuais, era destinada apenas às mulheres. Em regra, eram elas que precisavam se resguardar para casar. Eram elas que precisavam manter a virgindade para obter o matrimônio. Eram elas que precisavam casar para regularizar suas relações sexuais. Às mulheres era imposta a castidade. A perda da virgindade sexual antes do casamento as destinava à solidão ou à anulação do matrimônio. Até

exame pericial era requisitado pela justiça para anular o casamento por defloramento. Às mulheres só restava a humilhação.

Os preceitos cristãos, provenientes de todo o controle exercido pela Igreja Católica, também se fizeram presentes pela introdução da figura do *débito conjugal* na legislação civilista. A preocupação em regulamentar o sexo deixou de ser apenas da Igreja. Claramente, os fundamentos cristãos, regulatórios do corpo e do prazer, foram utilizados pelos civilistas da época para construir o Direito Civil brasileiro.

Como demonstrado ainda no segundo capítulo, foi, fundamentalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se iniciou o processo de mudança paradigmática no conceito de família e em suas bases fundamentadoras.

A família, enquanto instituição voltada ao controle dos prazeres, evoluiu, na Constituição de 1988, para um modelo de família instrumental. Instrumento pelo qual os indivíduos devem buscar a realização pessoal e a felicidade. A família passa a viver para a evolução dos indivíduos, e não mais os indivíduos para a família.

O mesmo salto, como demonstrado, não foi dado pelo Código Civil de 2002.

Tal como foi implementado pela Igreja no Concílio de Trento, o casamento foi incluído no Código Civil de 2002 também com a finalidade de controlar os prazeres. O controle dos prazeres pela monogamia se fez, portanto, presente no Brasil Colônia, nas Ordenações Filipinas, no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002.

Ainda que de maneira implícita, o controle e a inferiorização da mulher pela monogamia se fazem presentes na legislação vigente. As doutrinas de Direito Civil não deixam escapar a incidência dos fundamentos misóginos e históricos do casamento monogâmico. Assim como regulamentou as Ordenações Filipinas, para os doutrinadores de Direito Civil contemporâneos, o casamento ainda é um instituto necessário para regular os prazeres. O adultério da mulher, punido com a morte nas Ordenações, ainda é considerado mais grave que o dos homens. Da mesma forma, o débito conjugal foi inserido de maneira eufêmica no Código Civil de 2002. Mesmo diante das crescentes taxas de estupros maritais, o sexo ainda é requisito do casamento e obrigação dos cônjuges, quer dizer, da mulher.

Antes de iniciarmos o terceiro capítulo, foi realizado o estudo jurisprudencial dos casos envolvendo monogamia e mulher julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. O estudo preliminar dos casos fez-se presente entre os Anexos A e B desta pesquisa. O Anexo A refere-se aos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Já o Anexo B refere-se aos casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, a análise jurisprudencial recaiu sobre todo o período temporal abarcado pela Constituição Federal de 1988, ou seja, a análise recaiu sobre os casos julgados a partir de 1988 até o ano de desenvolvimento dos Anexos, 2023. Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, a análise recaiu a partir de 2020, com o objetivo de desenvolver uma pesquisa de precedentes mais atual sobre a temática na Corte.

No Anexo A, 16 (dezesseis) casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal foram diretamente destrinchados. No Anexo B, por sua vez, foram analisados 12 (doze) casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Para além dos processos principais, esta pesquisa também se comprometeu em examinar os precedentes citados pelas Cortes Superiores para fundamentar as decisões.

A investigação dos julgados foi feita pela metodologia *Análise de Jurisprudência.* O estudo jurisprudencial foi feito com o objetivo de apresentar os principais fundamentos que nortearam a atuação dos Tribunais. Para tanto, optou-se por descrever os aspectos fundamentais de cada voto, a partir de cada relator, individualmente. A grande maioria desses processos envolveu, como comprovado, mulheres concubinas pleiteando seus direitos.

Como demonstrado no decorrer do terceiro capítulo deste estudo, percebe-se que o campo jurídico brasileiro, por meio de seus Tribunais Superiores, ainda administra a monogamia com fundamento em suas bases e finalidades históricas originais.

A endemonização da mulher, impulsionada após o Concílio de Trento pelos moralistas portugueses e espanhóis, esteve presente, como comentado, em toda a trajetória jurídica do Direito Civil. Ela se fez presente nas Ordenações Filipinas, no Código Civil de 1916, no Código Civil de 2002 e nas doutrinas de Direito de Família. As Cortes Superiores, por estarem imersas nessa tradição histórica e, propriamente, no campo jurídico, não poderiam estar imunes à essa percepção.

Apesar de todos os casos analisados envolverem mulheres solteiras, percebe-se que o adultério "praticado" por elas, mesmo diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, é tratado, ainda que de maneira implícita, de forma majorada. A exemplo dos casos de Irani Luiza e Joana da Paixão, é possível afirmarmos que a imagem maligna da mulher repercute até hoje nas decisões dos Tribunais Superiores. Mesmo sendo juridicamente solteiras, a exemplo do caso de Joana da Paixão, elas são consideradas *desonestas, baixas* e *sujas* por se envolverem com um homem casado. A desonestidade dos homens casados contaminou, na grande maioria dos casos analisados, a integridade da mulher que com ele se envolveu. Como mencionou a Ministra Cármen no caso de Irani Luiza, "Outra mulher é sempre um fator de instabilidade" (BRASIL, 2009, p. 1068).

Para além da imagem negativa da mulher, é possível percebermos que as Cortes Superiores absorveram da história a ideia de que o reconhecimento jurídico de mais de uma relação afetiva gera o desregramento sexual. Como mencionou a Ministra Relatora no caso de Edja Santos de Barros, julgado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, outra relação sempre será encarada como uma fonte de perturbação social.

A partir da análise dos 28 (vinte e oito) casos, constata-se que as Cortes Superiores visam punir e conter esse desregramento sexual.

Seguindo a tradição histórica presente desde, pelo menos, a partir de Trento, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça aplicam a monogamia como um instrumento jurídico de controle para os corpos e relações sociais. Como fez a Igreja no Brasil Colônia, a monogamia é imputada, a todo custo, visando cessar o desregramento sexual da sociedade. Todavia, a repulsa ao "desregramento sexual" se une com a imagem maligna da mulher construída durante a história do Brasil. Em quase todos os casos analisados, a aplicação da monogamia, visando conter o desregramento sexual, desencadeou a exclusão de mulheres. Nas relações heterossexuais julgadas, nenhum homem foi "prejudicado" pelas Cortes Superiores.

Percebe-se que todas as vezes que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem uma mulher como concubina para lhe negar direitos, o controle do corpo é exercido pela Cortes. Tal como nas Ordenações Filipinas, o Direito se incide para punir os corpos de mulheres indomáveis. Se incide como uma medida corretiva, com o objetivo de domesticar e educar essas mulheres que subvertem a *ordem moral masculina*. Assim como no Brasil Colônia, o não reconhecimento de mulheres concubinas pelo campo jurídico revela-se como um antídoto para os corpos subversivos daquelas que ameaçam a intocável fraternidade masculina.

Seguindo a tradição implementada desde as Ordenações Filipinas, constata-se que o não reconhecimento de relações paralelas gera, do mesmo modo, a legitimação do adultério praticado por homens casados. Os homens saem "impunes" dessas relações mesmo após constituírem verdadeiras famílias no plano dos fatos. Em nenhum caso analisado o homem adúltero foi responsabilizado pela família paralela mantida. Por meio do reconhecimento do concubinato, o campo jurídico protege e incentiva a prática da monogamia e, consequentemente, do adultério masculino, às custas da exclusão de mulheres. O não reconhecimento de mulheres concubinas enseja a legitimação do que Carole Pateman (2023) chama de *direito sexual masculino de acesso sistemático aos corpos de mulheres.*

A partir dos três capítulos apresentados e do estudo jurisprudencial, é possível afirmarmos que o campo jurídico brasileiro, por meio de seus Tribunais Superiores, ao incorporar a monogamia com toda a sua tradição misógina histórica, baseada em seus fundamentos religiosos de controle do corpo, reproduz, *diretamente*, a inferiorização e a subjugação de mulheres. Como demonstrado, a subjugação de mulheres esteve, ao longo de toda a história, atrelada à monogamia. São dois poderes (a monogamia e a inferiorização de mulheres) que andam juntos e são inseparáveis. Por tudo isso, todas as vezes em que as Cortes Superiores aplicaram a monogamia em casos envolvendo relações heterossexuais, exclusões de mulheres foram feitas. Na verdade, a subjugação e exclusão de mulheres são pressupostos do poder monogâmico. A história da sexualidade apresentada nesta tese confirma essa constatação.

O concubinato mostra-se historicamente como a marca mais nefasta deste poder. Em outras palavras, o concubinato mostra-se como a consequência que mais salta aos olhos do pesquisador. Esse mecanismo jurídico de exclusão tem origem nos preceitos cristãos. Ele esteve presente em toda a história do Direito brasileiro. É, essencialmente, por meio do reconhecimento desse instrumento de exclusão que mulheres são, todos os dias, controladas e nulificadas. É inegável como o poder masculino possui influência no Direito. São marcas da história, vistas desde o Brasil Colônia, que se repetem diariamente, mesmo diante do asseguramento de tantos direitos pela nossa Carta Magna de 1988.

Para além das finalidades cristãs, constatou-se, com base na teoria de Carole Pateman (2023), que o contrato sexual e o patriarcado fraternal moderno estão no cerne da monogamia.

Para investigarmos a presença do contrato sexual nos julgados dos Tribunais Superiores, foi necessário analisarmos, em primeiro lugar, as bases oficiais e não oficiais do contrato original, pertencente à teoria de Jean-Jacques Rousseau. O discurso oficial repassado pela teoria contratual clássica segue no sentido de que o contrato original fundou o estado civil com base no asseguramento de direitos a todos os indivíduos. Unidos, por meio do contrato social, renunciaram à liberdade natural, pertencente à natureza humana, e concordaram em transferi-la a um terceiro, o soberano. O contrato original fundou não só a soberania, mas a sociedade e o estado civil. Por meio do contrato original, os indivíduos deixaram o estado de natureza e passaram a viver na sociedade de maneira fraterna, em busca da paz e do bom convívio social.

Como demonstrado a partir da teoria de Pateman (2023) no terceiro capítulo, apenas metade da história foi contada pelos teóricos liberais. A base do contrato original foi também formada por um elemento valioso, necessário para a própria sobrevivência da sociedade nos moldes em que ela foi criada. O contrato sexual constitui-se, verdadeiramente, na face oculta do contrato original, escondida propositalmente pela teoria contratual clássica.

Conjuntamente com o contrato original, o contrato sexual fundou a sociedade civil. Esta realidade civil foi criada por um contrato que assegurava a liberdade, a igualdade e a fraternidade dos indivíduos, às custas da subordinação das mulheres. A subjugação das mulheres sustentou a fundação da sociedade civil.

Na linha do que sustenta Carole Pateman (2023), o contrato original possui a capacidade de influenciar, até os dias de hoje, os contratos corriqueiros da vida cotidiana, dos quais as mulheres fazem parte. Tal como foi argumentado no terceiro capítulo, o contrato sexual foi firmado apenas uma vez, quando da formação do contrato original. Todavia, todos os dias, quando um contrato heterossexual monogâmico é firmado – ainda que de maneira implícita -, o contrato sexual é reafirmado e reproduzido sob novos moldes.

O contrato original criou uma forma de participação nos contratos corriqueiros da vida cotidiana. Inevitavelmente, ele ainda influencia os contratos monogâmicos heterossexuais, injetando, em suas bases, o fundamento da submissão das mulheres e, por conseguinte, do contrato sexual. Esse pressuposto pôde ser claramente visualizado no âmbito de atuação das Cortes Superiores. As relações heterossexuais monogâmicas estão contaminadas pelo contrato sexual e o Direito, sistema que não está imune às relações de poder, reproduz a lógica da subjugação sexual todas as vezes que administra e impõe a monogamia.

Todavia, em virtude da incidência do patriarcado fraternal moderno, a subjugação das mulheres é feita através de instrumentos jurídicos que são, aparentemente, neutros, e que são legitimados por serem jurídicos.

Como demonstrado a partir dos julgados, é, essencialmente, por meio deste poder que o Direito, conjuntamente com a monogamia, inferioriza e subjuga as mulheres em nossa sociedade. O sistema jurídico brasileiro, ao contratualizar as relações íntimas e imputar a monogamia, reproduz os termos do próprio contrato original, formado pelo contrato sexual. Em outras palavras, todas as vezes em que a monogamia é aplicada nas relações heterossexuais, o contrato sexual é reproduzido. Esse processo é inevitável e se potencializou ainda mais quando o sistema jurídico brasileiro centralizou a monogamia no Direito, uma vez que este modelo de sexualidade pressupõe, historicamente, a superioridade dos homens em detrimento da inferiorização das mulheres.

Para respondermos à pergunta-problema proposta, foram elencadas diversas categorias de análise que perpassaram todos os julgados prolatados no âmbito dos Tribunais Superiores. Juntas, elas nos forneceram subsídios para entendermos de que maneira o controle e a inferiorização de mulheres são feitos pelas Cortes Superiores.

As categorias de análise elencadas no terceiro capítulo se constituem em verdadeiros instrumentos jurídicos para a perpetuação da monogamia e do contrato sexual. São mecanismos jurídicos, aparentemente neutros, mas que estão carregados dos históricos estigmas e discriminações sociais, vistos no Brasil desde a sua colonização.

A *relação entre concubinos estacionada na esfera do direito obrigacional, constituição de sociedade de fato e a criação de lugares de não direito* foi a primeira categoria analisada. Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e na vigência do Código Civil de 1916, foi possível percebermos que as relações heterossexuais paralelas eram analisadas de maneira objetiva. Na verdade, o Direito de Família sequer se aplicava a essas relações. A destinação do relacionamento concubinário ao direito obrigacional desconsiderava todos os aspectos íntimos e afetivos que estavam presentes na relação.

Constatou-se que, para ter direito na partilha de bens, a mulher precisava contribuir *significativamente* para a formação do patrimônio comum. Em uma época em que as mulheres não estavam plenamente inseridas no mercado de trabalho, percebe-se que o campo jurídico apropriou-se desse *instrumento jurídico* para realizar as suas exclusões.

A *monogamia como um princípio do direito: elemento fundamental para a subjugação de mulheres* foi a segunda categoria analisada. Neste tópico constatou-se que é por meio da monogamia que o controle e a submissão de mulheres é feito. A monogamia mostra-se como o principal mecanismo de subjugação de mulheres. Nesta oportunidade, a partir da análise dos casos de Joana da Paixão, Helena Valadares, Rosemary do Rocio, Edja Santos de Barros, Maria do Socorro Ximenes, Irani Luiza e Lúcia Maria, foi possível constatarmos que a monogamia sequer possui um embasamento constitucional. Como comprovado, a fundamentação jurídica da monogamia foi retirada, em todos esses casos, do Código Civil de 2002. A exemplo do caso de Joana, até o crime de adultério, revogado há mais de 2 (dois) anos à época do julgamento, foi utilizado como embasamento.

A diferenciação entre os institutos do concubinato e união estável e a discriminação de mulheres que subvertem o regime monogâmico: marcas da imposição da monogamia no Direito brasileiro foi a terceira categoria analisada. Foi, fundamentalmente, com base na diferenciação feita entre os institutos do concubinato e da união estável, que as exclusões de mulheres foram feitas pelas Cortes Superiores. O concubinato tem, por finalidade precípua, segregar famílias e, principalmente, mulheres. Com exceção dos relacionamentos homoafetivos, todos os casos analisados, em que esse instituto foi reconhecido, mulheres foram abandonadas.

Como demonstrado, o instituto do concubinato carrega consigo fortes preceitos patriarcais. A má-fé do homem que decide não se separar de sua esposa contamina imediatamente a integridade da mulher que com ele se relaciona.

Nesta categoria, identificamos também a presença da exigência da separação de fato para se reconhecer uma relação como união estável. Constatou-se que essa exigência se constitui, verdadeiramente, como um exemplo do patriarcado fraternal moderno em nosso campo jurídico. O destino da vida de mulheres concubinas fica condicionado à decisão masculina. O poder masculino, está então, no cerne do reconhecimento da união estável. Somente se eles decidirem se separar faticamente de suas esposas, a união receberá reconhecimento jurídico. Do contrário, permanecerão destinadas ao abandono. São marcas do contrato sexual que podem ser claramente visualizadas nessa *exigência jurídica.*

Nesta categoria foi possível visualizarmos que as Cortes Superiores exigem, para o reconhecimento da união estável, a possibilidade de sua conversão em casamento. Ao impor esse requisito de conversão, constatou-se que os Tribunais Superiores priorizam o casamento, em desrespeito aos preceitos constitucionais previstos em nossa Carta Magna, que reconhecem a união estável como uma entidade familiar de maneira autônoma, independentemente de sua conversão em matrimônio.

A *hierarquização e valorização do casamento em detrimento da desvalorização das uniões estáveis constituídas por mulheres concubinas* foi a quarta categoria analisada. Nesta, foi possível percebermos que as Cortes Superiores, seguindo a tradição histórica do Brasil Colônia, ainda valorizam e incentivam o casamento. Mesmo diante de verdadeiras uniões estáveis, algumas delas constituídas há mais de 30 (trinta) anos, as Cortes Superiores preferem dar primazia ao casamento. A valorização e a escolha deste modelo familiar em detrimento de uniões estáveis desencadearam a exclusão de mulheres como Severina dos Santos, Edja, Irani e Alzureina.

A Interpretação dos casos com os olhos no passado foi a quarta categoria analisada. Nesta, constatou-se que, a despeito da promulgação da Constituição Federal de 1988, as Cortes Superiores analisam os casos do presente com os olhos voltados ao passado. Diariamente, conceitos e preceitos antigos e moralistas, presentes no Código Civil de 1916, são aplicados. A expressão *chefe de família*, abolida pela Carta Magna de 1988, recorrentemente aparece nos votos das Cortes Superiores. Ao mesmo tempo, preceitos bíblicos também são citados. Foi possível percebermos que o Superior Tribunal de Justiça, especialmente, ainda está muito apegado ao passado, pois conceitos e dispositivos do antigo Código Civil de 1916 foram

aplicados no julgamento de casos recentes, ocorridos na constância da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002.

Como demonstrado, diante dos preceitos revolucionários e igualitários da nossa Constituição, não resta outra saída a não ser olhar para o passado e replicar, de maneira inconstitucional, a tradição moralista e patriarcal. A consequência da interpretação antiquada é clara: mulheres são corriqueiramente destinadas à invisibilização a partir de preceitos infundados.

As *instabilidades das provas necessárias ao reconhecimento da união estável e as aplicações indevidas da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça* foi a sexta categoria analisada. Por meio dela, constatamos os prejuízos às mulheres causados pela instabilidade das provas necessárias ao reconhecimento da união estável. Também analisamos as aplicações indevidas da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça que causam, direta ou indiretamente, a exclusão de mulheres.

Por meio da categoria *aplicação do Direito como a força necessária para controlar as paixões dissidentes e os corpos de mulheres* foi possível constatarmos que a histórica endemonização da mulher foi reverberada nas decisões das Cortes Superiores. Ainda hoje, mulheres são consideradas fonte de instabilidade. A monogamia se incide como um mecanismo de controle de seus corpos subversivos.

A *proteção dos direitos da pessoa morta em detrimento da proteção da companheira e concubina viva: a utilização de teses contraditórias pelas Cortes Superiores* foi a oitava categoria analisada. Por meio dela, foi possível constatarmos a utilização contraditória de teses no âmbito das Cortes. Ora a vontade da pessoa morta prevalece. Ora a vontade da pessoa morta é desconsiderada. A aplicação da tese depende da finalidade almejada. A proteção da pessoa morta foi feita com o objetivo de desproteger a companheira/concubina viva pleiteante.

Por último, analisamos a categoria *corrida judicial para o reconhecimento das relações amorosas causada pela monogamia e a demarcação dos corpos incentivada pelo campo jurídico.* Por meio dos casos de Ricardo e Severina dos Santos, foi possível constatarmos que a aplicação da monogamia gera, diretamente, uma corrida judicial entre as partes interessadas em obter reconhecimento jurídico de suas relações. A monogamia, na verdade, demarca os corpos. Essa demarcação é auxiliada pelo Direito que, com apoio neste poder monogâmico, circunscreve os corpos e as relações a partir do critério temporal. A regra é clara: ganha quem chegar primeiro.

As categorias analisadas mostram-se como verdadeiros instrumentos jurídicos utilizados pelas Cortes Superiores para a aplicação da monogamia. São, aparentemente, mecanismos jurídicos neutros, mas, que na verdade, estão permeados pelo contrato sexual e pelo patriarcado fraternal moderno. Os mecanismos de controle históricos, direta ou indiretamente, também estão presentes em suas bases, fundamentando, junto com o contrato sexual, a subjugação e exclusão de mulheres.

Por ser intocável, a monogamia pode ser considerada uma joia rara do campo jurídico brasileiro. Junto com ela, preserva-se a dominação masculina às custas da submissão de mulheres. Ao mesmo tempo, seguindo a tradição histórica, revela-se como um antídoto aos corpos transgressores de mulheres que burlam a ordem moral masculina ou, como chama Pateman (2023), a fraternidade masculina.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou uma verdadeira quebra de paradigmas, pois assegurou, dentre tantos outros direitos fundamentais, a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Todavia, foi possível percebermos que a simples promulgação da Constituição Federal não desencadeou, na prática jurídica, a total igualdade entre homens e mulheres, assegurada no seu art. 5º, inciso I. Dispositivos e regulamentos que são, aparentemente, neutros, mas que carregam consigo construções históricas e sociais permeadas pelo machismo e misoginia, convivem com a Constituição Federal de 1988 sem maiores questionamentos.

Muitos dispositivos pertencentes ao Código Civil de 2002 possuem, como demonstrado, origem no Direito Canônico e nas Ordenações Filipinas. A subordinação das mulheres é pressuposto de aplicação de muitos destes regulamentos. Os elementos segregadores e machistas não aparecem de maneira clara nos textos dos dispositivos. É preciso ir além da letra da lei para entender o seu peso para a realidade jurídica.

Nesse contexto, de *camuflagens inconstitucionais* em diversos regulamentos do nosso sistema jurídico brasileiro, torna-se necessário o olhar crítico do aplicador do Direito. Regulamentos jurídicos *dados,* que permanecem no Direito por séculos sem maiores questionamentos, devem ser avaliados e desconstruídos de maneira crítica, com embasamento nos preceitos constitucionais da nossa Carta Magna de 1988.

O movimento feminista, nesta perspectiva, assume importantes responsabilidades não apenas no meio social, que deve ser transformado em prol da evolução do Direito, mas essencialmente dentro do campo jurídico. O olhar crítico feminista é fundamental para uma transformação do Direito em prol da igualdade de gêneros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Clarissa Cecília Ferreira. **Uma análise feminista acerca do contrato de casamento e da obrigação sexual dele decorrente**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, 2012.

ARIÈS, Philippe. O Casamento Indissolúvel. *In*: ARIÈS Philippe; BÉJIN, André. **Sexualidades Ocidentais: Contribuições para a História e para a Sociologia da Sexualidade.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 163-183.

ASTURIAS, Nicolás Álvarez de Las. **O Concílio de Trento e a indissolubilidade do matrimónio: reflexões hermenêuticas sobre o alcance de sua doutrina**. Theologica, 50 (1), p. 139-162, 2015. Disponível em: https://revistas.ucp.pt/index.php/theologica/article/view/2651. Acesso: em 28 de outubro de 2023.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AZEVEDO, Camyla Galeão de. **Mulheres na política formal e a divisão sexual do trabalho: retratos da sub-representação na política do Estado do Pará.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BABEL. *In*: **Michaelis**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2023. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/babel/. Acesso em: 08 de agosto de 2023.

BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda. **Participação Feminina no Mercado de Trabalho Brasileiro**. Boletim Mercado de trabalho brasileiro. Conjuntura e Análise, nº 57, 2014.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**, volume 2. 3º ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 8ª Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defesa do projecto de Codigo civil brazileiro**. Rio de Janeiro: Livr. Fracisco Alves, 1906.

BÍBLIA. **A Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. 1º Edição. São Paulo – SP: Sociedade Bíblica Trinitariana do Brasil, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 21º Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2023.

BRASIL**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1934.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969). 1967.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1937.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1946.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1891.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1967.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**. 1824.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 2002.

BRASIL. Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** 1916.

BRASIL. Lei n° 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. 1962.

BRASIL. Lei n° 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.** 1977.

BRASIL. Lei n° 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Regula o §7° do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. 1996.

BRASIL. **Mapa Nacional da Violência de Gênero.** Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://www9qs.senado.leg.br/extensions/violencia-genero-mashup/index.html#/inicio. Acesso em: 07 de dezembro de 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/mlcc/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf. Acesso em: 05 de setembro de 2023.

BRASIL. **Súmula no 380 do STF**, de 03 de abril de 1964. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 931155/RJ**. Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos [...] Recorrente: A M DE O. Recorrido: N DA S C. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 7 de agosto de 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27931155%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27931155%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1628701/BA**. Recorrente: J P C. Recorrido: S M V. Relator: Ministro Ricardo Cueva, 7 de novembro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271628701%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271628701%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 19 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial**). Agravo Interno no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1424071/RO**. Agravo interno. Recurso extraordinário. Negativa de seguimento. Previdenciário. Pensão por morte. Rateio entre a concubina e a viúva [...]. Agravante: Maria do Socorro Ximenes Aires e outros. Agravado: União. Relator: Ministro Jorge Mussi, 7 de junho de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIREEAAGA%27.clas.+e+@num=%271424071%27)+ou+(%27AgInt%20no%20RE%20nos%20EDcl%20no%20AgRg%20no%20Ag%27+adj+%271424071%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 28 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1853939/RS**. Previdenciário. Agravo interno no recurso especial. Auxílio-acidente. Pensão por morte [...]. Agravante: Cleuza Antoninha Furtunato Guterres. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Ministro Manoel Erhardt, 6 de dezembro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%271853939%27)+ou+(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271853939%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 3 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1801999/SP.** Processual civil e previdenciário. Pensão por morte. União estável. Dois anos antes dos óbitos. Agravante: Sonia Maria Barroca. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 7 de dezembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em 3 de setembro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1418167/CE**. Previdenciário. Agravo regimental em recurso especial [...]. Agravante: Maria Luciene Vieira Dantas. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e outro. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 24 de março de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271418167%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271418167%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 4 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 999189/MS**. Civil. Processual civil. Família. Agravo interno no agravo em recurso especial. União estável não reconhecida. Homem casado. Separação de fato não comprovada. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Incidência da Súmula n. 7/STJ. Decisão mantida. Agravante: E A DE O S. Agravado: B O G DOS S. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, 16 de maio de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AINTARESP%27.cla

s.+e+@num=%27999189%27)+ou+(%27AgInt%20no%20AREsp%27+adj+%27999189%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em 16 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1832859/GO**. Agravo interno no agravo em recurso especial – ação declaratória de união estável post mortem – decisão monocrática da Presidência desta Corte que não conheceu do apelo extremo. Insurgência da autora. Agravante: J M A C. Agravado: A C C e outros. Relator: Ministro Marco Buzzi, 22 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AINTARESP%27.clas.+e+@num=%271832859%27)+ou+(%27AgInt%20no%20AREsp%27+adj+%271832859%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 9 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1349279/CE**. Processual civil. Agravo interno no recurso especial. Reconhecimento de união estável. Benefício previdenciário. Inexistência de separação de fato. Jurisprudência do STJ à luz da Lei n. 9279/1996 e do Código Civil de 2002. Decisão mantida. Agravante: Maria Antônia Pontes de Sousa. Agravado: Caixa de Previdência Privada do Banco do Estado do Ceará – CABECE e outro. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, 19 de agosto de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%271349279%27)+ou+(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271349279%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 3 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 898706/SC.** Agravo interno no agravo em recurso especial – ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c pedido condenatório [...]. Agravante: A C B (Menor). Agravado: M T B. Relator: Ministro Marco Buzzi, 2 de outubro de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AINTARESP%27.clas.+e+@num=%27898706%27)+ou+(%27AgInt%20no%20AREsp%27+adj+%27898706%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 8 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 2023908/MS**. Civil e processual civil [...]. Agravante: D G DE F. Agravado: L G S P. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, 29 de maio de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 3 de setembro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 748452/SC**. Direito de família e processual civil. Recurso especial [...]. Agravante: L R S. Agravado: G DE S M e outros. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=1487752&tipo=0&nreg=201501763708&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160307&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 8 de setembro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 192976/RJ**. Recurso especial. Civil. Art. 1.179, III, CCB. Testamento [...]. Recorrente: Célia Lamblet. Recorrido: Alice da Silva Ribeiro e outro. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, 26 de setembro de 2000. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@

num=%27192976%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27192976%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 7 de junho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 1754008/RJ**. Recurso especial. Ação de reconhecimento e de dissolução de união estável c/c pedido de arrolamento e partilha de bens. União estável concomitante a casamento sem separação de fato. Recorrente: H F – Espólio. Recorrente: A M B F. Recorrido: M DA F. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 13 de dezembro de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271754008%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271754008%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em 14 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial 1096539/RS.** Direito de família e processual civil recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Homem casado. Recorrente: I R e outros. Recorrido: M DA G S B. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 27 de março de 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271096539%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271096539%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em 14 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 1391954/RJ**. Recurso especial. Seguro de vida. Instituidor casado. Não separado de fato ou judicialmente [...]. Recorrente: Esther Natividade Villa Alvarez Lima. Recorrido: Ana Maria Coutinho de Almeida. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, 22 de março de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 4 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recuso Especial nº 1185653**. Civil e processual civil. Recurso especial [...]. Recorrente: I D R V. Recorrido: M D L F. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 7 de dezembro de 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271185653%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271185653%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em 14 de junho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso Especial nº 8200067/PE**. Direito administrativo. Processual civil. Recurso especial [...] Recorrente: União. Recorrido: Dulce Lobo de Miranda. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 24 de abril de 2008. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27820067%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27820067%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 3 de junho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1629281/PI**. Processual civil e previdenciário. Ação Declaratória de Dependência. Concubinato. Não caracterização e união estável [...]. Agravante: Instituto de Assistência e Previdência do Estado do Piauí. Agravado: Maria Helena Galeno de Sousa. Relator: Ministro Francisco Falcão, 12 de abril de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%271629281%27)+ou+(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271629281%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em 3 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1956138/SP**. Processual civil e previdenciário. Recurso especial interposto apenas pela alínea "c"do permissivo constitucional [...]. Agravante: Jacilene Nogueira Clementino. Agravado: Célia Maria Pimentel Ribeiro. Relator: Ministro Herman Benjamin, 5 de abril de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 27 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial nº 1894963/AL**. Administrativo e processual civil. Servidor público federal. Pensão por morte [...]. Recorrente: União e Juraci Nobre melo. Recorrido: Edja Santos de Barros. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, 27 de abril de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271894963%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271894963%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em 8 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial nº 1789967**. Recorrente: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Jaqueline da Silva Valim. Relator: Ministro Herman Benjamin, 02 de abril de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271789967%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271789967%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em 14 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma**). Recurso Especial nº 1770426/PE**. Processual civil e previdenciário. Recurso especial. Ação Rescisória. Pensão por morte. Rateio. Esposa e companheira [...]. Recorrente: Maria das Graças de Oliveira. Recorrido: Regina Eugenia da Silva. Relator: Ministro Herman Benjamin, 6 de agosto de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271770426%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271770426%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 16 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1644886/RS**. Agravo interno no agravo em recurso especial. Casamento e concubinato simultâneos [...]. Agravante: C M C. Agravado : C K e outros. Relator: Ministro Ricardo Cueva, 26 de abril de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AINTARESP%27.clas.+e+@num=%271644886%27)+ou+(%27AgInt%20no%20AREsp%27+adj+%271644886%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 13 de junho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1838288/AC.** Agravo interno em recurso especial. Direito de família. Irresignação submetida ao NCPC. Reconhecimento de união estável. Casamento simultâneo. Impossibilidade. Agravo interno não provido. Agravante: A DE F M. Agravado: N A A e outros. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%271838288%27)+ou+(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271838288%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em 4 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 157821/SP**. Agravo interno no agravo em recurso especial [...]. agravante: V DE F e outros. Agravado: M F A. Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, 09 de março de

2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AINTARESP%27.clas.+e+@num=%271575821%27)+ou+(%27AgInt%20no%20AREsp%27+adj+%271575821%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 8 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma**). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2087080/TO**. Processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável após a morte. Agravante: A M F. Agravado: M A C C e outros. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 17 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1336163/SP**. Agravo Regimental. Recurso Especial. Casamento e concubinato simultâneos. Separação de fato [...]. Agravante: M A C. Agravado: A D B e outros. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271336163%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271336163%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 605338/MT**. Direito civil e processual civil. Recurso especial. Dissolução de sociedade de fato. Concubinato. União estável. Partilha de bens [...]. Recorrente: A.A. Recorrido: A.O.S. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 06 de setembro de 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27605338%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27605338%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 3 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1047538/RS**. Direito civil. Recursos especiais. Contratos, família e sucessões [...]. Recorrente: Maria Cristina da Gama Andrews e outra. Recorrido: Adelina Lea Mendes. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 4 de novembro de 2008. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 7 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1916031/MG**. Civil. Processual civil. Direito de família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha [...]. Recorrente: S F DA S. Recorrido: L A D E S. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 3 de maio de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1974218/AL**. Processual civil. Direito de família. Ação de reconhecimento de união estável [...]. recorrente: S J DA S – Espólio e outro. Recorrido: L M L DE A. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 8 de novembro de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 19 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1760281/TO**. Recurso Especial. Direito de família. Negativa de prestação jurisdicional [...]. recorrente: M DA C A DE S. Recorrido: V F DE S. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze, 24 de maio de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 26 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 784539**. Processual civil e administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Percepção de pensão por morte. A ex-companheira possui os mesmos direitos do ex-cônjuge. Agravante: União. Agravado: Cecília Pedrina de Jesus. Relator: Ministro Napoleão Nunes Mais Filho, 7 de outubro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AINTARESP%27.clas.+e+@num=%27784539%27)+ou+(%27AgInt%20no%20AREsp%27+adj+%27784539%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 8 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1801999/SP**. Processual civil e previdenciário. Pensão por morte. União estável. Dois anos antes do óbito. Ausência. Reexame de provas. Impossibilidade. Agravante: Sonia Maria Barroca. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 07 de dezembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%271801999%27)+ou+(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271801999%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 4 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Dicas de jurisprudência: como utilizar conectivos e operadores**. 2023. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/ajuda/Operadores_logicos_atualizados.pdf Acesso em 1 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.185.337.** Recurso especial. Concubinato de longa duração. Condenação a alimentos […]. Recorrente: C P W. Recorrido: S M. Relator: João Otávio de Noronha, 17 de março de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000481513&dt_publicacao=31/03/2015. Acesso em 11 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1348458**. Direito civil. recurso especial. Família. Ação de reconhecimento de união estável. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 08 de maio de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 151238**. Direito civil. Concubinato. Indenização à mulher por serviços domésticos. Cabimento. Relator: Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira, 10 de maio de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 182550**. Civil. Concubinato. Sociedade de Fato. Inexistência de patrimônio a partilhar. Serviços prestados. Indenização. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 24 de agosto de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 5322549/RS**. Direito civil. Recurso especial. Seguro. Consignação em pagamento. Prêmio. Artigos 1.177 e 1.474 do Código Civil de 1916. Vedação. Recorrente: Esther Justina Ferronato Laude e outro. Recorrido: Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais. Relator: Ministro Castro Filho, 2 de junho de 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27532549%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27532549%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 10 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 684407/RS**. Civil – Família – Reconhecimento de União Estável entre Mulher e Homem Casado, mas não separado de fato – Impossibilidade. Recorrente: O A DE O – Espólio. Recorrido: S T DE S F. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27684407%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27684407%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 9 de junho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recuso Especial nº 60073**. Civil. Família. Concubinato. Sociedade de fato. Partilha de bens. Serviços domésticos. Contribuição indireta. Relator: Ministro Barros Monteiro, 19 de outubro de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Diário da Justiça: Brasília, DF, 28 de junho de 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 83**. Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Diário de Justiça: Brasília, DF, 02 de julho de 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 132/RJ**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial do objeto [...]. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 05 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 646.721/ Rio Grande do Sul**. Direito Constitucional e Civil. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Aplicação do Código Civil à Sucessão em União Estável Homoafetiva. Inconstitucionalidade da Distinção de Regime Sucessório entre Cônjuges e Companheiros. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Recorrido: Geni Quintana. Relator: Ministro Marco Aurélio, 10 de maio de 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf. Acesso em: 10 de julho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 878.694/Minas Gerais**. Direito Constitucional e Civil. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade da Distinção de Regime Sucessório entre Cônjuges e Companheiros. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e Outros. Relator: Ministro Roberto Barroso, 10 de maio de 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004. Acesso em: 12 de julho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE**. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Tema 529. Constitucional. Previdenciário. Pensão por morte. Rateio entre companheira e companheiro, de uniões estáveis concomitantes. Impossibilidade. Recorrente: C.L.S. Recorrido: N.J.O.S e E.S.S. Relator: Alexandre de Moraes, 21 de dezembro de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201045273%

22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 24 de julho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 883.168/SC**. Direito previdenciário e constitucional. Recurso extraordinário. Sistemática da repercussão geral. Tema nº 526. Pensão por morte. Rateio entre a concubina e a viúva […]. Recorrente: União. Recorrido: Rosemary do Rocio de Souza. Relator: Ministro Dias Toffoli, 03 de agosto de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20883168%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 669.465/ES**. Previdenciário. Pensão Por Morte. Concubinato impuro de longa duração. Efeitos para fins da proteção do estado à que alude o artigo 226, § 3º, da constituição federal. Existência de repercussão geral. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Recorrida: Shirley Maria da Penha Bussular. Relator: Ministro Luiz Fux, 08 de março de 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2948285. Acesso em 09 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 558.588/RS**. Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Pensão. Concubina. Servidor falecido. Casado. Discussão acerca da separação de fato. Súmula 279 do STF. 3. Jurisprudência desta Corte. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Recorrente:Consuelo Veiga. Recorrida: Zilda Montenegro Sanhudo e outros. Relator: Gilmar Mendes, 16 de novembro de 2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur185623/false. Acesso em: 16 de junho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 458.432/PR**. Administrativo. Previdenciário. Pensão por morte. União estável. Matéria Infraconstitucional [...]. Agravante: Paranáprevidência. Agravada: Soraia Portugal Monteiro. Relator: Ricardo Lewandowski, 01 de junho de 2010. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613050. Acesso em: 09 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 865.131/PE**. Direito constitucional. Agravo interno em recurso extraordinário. Companheira de ex-militar. Concubinato. Direito à pensão. Tema 526. Devolução dos autos à origem. Agravante: Vera Lúcia Santana. Agravado: União. Relator: Roberto Barroso, 25 de maio de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20865131%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 619.002/MG**. Companheira e concubina – distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel […]. Agravante: Helena Valadares da Silva. Agravado: André Chaves

Mascarenhas e outro. Relator: Ministro Marco Aurélio, 18 de maio de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AI%20619002%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 9 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança nº 33.008/Distrito Federal**. Direito Civil e Administrativo. Mandado de Segurança. Registro de Pensão por Morte pelo TCU. Rateio entre Companheira e Viúva de Servidor Público. Exigência de Reconhecimento Judicial de União Estável e Separação de Fato. Impetrante: Clarice da Cruz Mendes. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de maio de 2016. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310282855&ext=.pdf. Acesso em: 03 de julho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário nº 161.320/RJ**. Concubinato. Pretensão de aplicação do disposto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal [...]. Recorrente: Teresa de Jesus Moraes Barroso. Recorrido: Sérgio Gurgel Lamothe. Relator: Ministro Moreira Alves, 25 de agosto de 1998. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1559200. Acesso em: 25 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário nº 397.762/BA**. Companheira e Concubina – Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel [...]. Recorrente: Estado da Bahia. Recorrido: Joana da Paixão Luz. Relator: Ministro Marco Aurélio, 03 de junho de 2008. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2150768. Acesso em: 1 de junho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário nº 590.779/ES**. Companheira e Concubina – Distinção [...]. Recorrente: Cecília Nitz. Recorrido: Irani Luiza da Costa. Relator: Ministro Marco Aurélio, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583915. Acesso em: 12 de junho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 575.122/SP**. Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Militar. Pensão. Rateio entre ex-cônjuge e companheira. Possibilidade. 3. Incidência da Súmula 279 [...] Agravante: União. Agravado: Maria do Carmo Dantas. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 14 de dezembro de 2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur187285/false. Acesso em: 16 de junho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Mandado de Segurança nº 33.555.** Mandado de Segurança. Tribunal de Contas Da União. Ex-Servidor da Funai. Pensão Civil Vitalícia. Pagamento para cônjuge e companheira [...] Impetrante: Maria Otacília. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator: Ministra Cármen Lúcia, 06 de outubro de 2015. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15333491034&ext=.pdf. Acesso em: 26 de junho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Mandado de Segurança nº 32.652/DF**. Mandado de Segurança. Ato do Tribunal de Contas da União (TCU). Controle externo. Registro de ato concessivo de benefício previdenciário (art. 71, III, CF/88). Percepção simultânea de pensão por beneficiárias viúva e companheira. Existência de título judicial. Ausência de oposição da beneficiária viúva ao rateio da pensão com a beneficiária companheira quando concedida a pensão. Carência de interesse de revisão do ato concessivo de pensão. Segurança deferida. Impetrante: Raimunda Alves de Oliveira. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 06 de julho de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2032652%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 de julho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário nº 158.700/RJ**. Recurso extraordinário. Sociedade de fato. Concubinato [...]. Recorrente: Alzureina Monteiro Martins. Recorrido: Espólio de Ruy Ferreira Neves e outros. Relator: Ministro Néri da Silveira, 30 de outubro de 2001. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20158700%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 3 de junho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário n° 92.083/SP**. Concubinato. Pretensão da concubina à partilha de bens, não acolhida na instância ordinária [...] Recorrente: Ângela Hebe Salgado da Silva. Recorrido: Roberto Farinha. Relator: Ministro Djaci Falcão, 5 de maio de 1981. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=185664. Acesso em: 05 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário n° 85.391/RJ**. Concubinato. Sociedade de fato. II. Para a existência de sociedade de fato não se faz bastante o concubinato, ainda que more uxório [...] Recorrente: Daisy Fernandes. Recorrido: Luiz Carlos Segala de Menezes. Relator: Ministro Carlos Flores, 5 de dezembro de 1978. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=179534. Acesso em: 5 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário n° 93.644/RJ**. Concubinato. Partilha de bens. Sociedade de fato. Ação declaratória [...] Recorrente: Raul Lopes Ribeiro e outro. Recorrida: Elza Frota de Souza. Relator: Ministro Moreira Alves, 25 de agosto de 1981. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=187139. Acesso em: 05 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário n° 81012**. Sociedade de fato entre concubinos. Inexistência dos pressupostos para o conhecimento do recurso. Recurso extraordinário não conhecido. Recorrente: Engrácia Gonçalves Barroso. Recorrido: Espólio de Antônio Alves e Albina Gonçalves Barroso Alves e outro. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, 19 de setembro de 1975. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=176298. Acesso em: 04 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos no Recurso Extraordinário nº 109.091/SP**. Concubinato. Dissolução de sociedade de fato. Partilha de bens. Limites [...] Embargante: Maria Helena Vilela de Araújo da Costa. Embargado: Paulo José DA Costa Júnior. Relator: Ministro Oscar Corrêa, 17 de novembro de 1988. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20109091%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 09 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 21.449/SP**. Legalidade da decisão do Tribunal de Contas da União, que excluiu, do benefício de pensão, a companheira do servidor público falecido no estado de casado, de acordo com o disposto no par. 3. do art. 5. da Lei n. 4.069-62 [...]. Impetrante: Helena Zorzeto. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Octávio Gallotti, 27 de setembro de 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 856.770/Minas Gerais**. Agravante: Liggiane Luchesi. Agravado: Antônio Luchesi Junior. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 de setembro de 2012. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4292955. Acesso em: 3 de julho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 645.762/RS**. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito previdenciário. 3. Pensão por morte. Rateio entre cônjuge e concubina [...]. Agravante: Alda Fátima Hubner. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Gilmar Mendes, 02 de agosto de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ARE%20645762%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 16 de junho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 27.871**. Impetrante: Maria do Carmo Moreira. Impetrado: Tribuna de Contas da União. Relator: Ministra Ellen Gracie, 12 de março de 2009. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2661979. Acesso em: 16 de junho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 81.707**. Sociedade de fato em concubinato: resultando este de adultério, que a lei repele como crime, não pode ter efeitos de natureza patrimonial e não provada a participação efetiva da mulher na formação do patrimônio do concubino [...]. Recorrente: Rosa Rangel dos Santos. Recorridos: Espólio de Diamantino da Silva e outra. Relator: Ministro Cordeiro Guerra, 12 de setembro de 1975. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&classeNumeroIncidente=%22RE%2081707%22. Acesso em: 21 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 595.609/GO**. Recorrente: Estado de Goiás. Recorrido: Delfina Dias Santana. Relator: Ministro Ayres Britto, 9 de abril de 2012. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2650726. Acesso em 3 de julho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1963. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2174. Acesso em: 25 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **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. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1964. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2482. Acesso em: 25 de maio de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão nº 6.104/2013**. Pessoal. Pensão civil. Percepção simultânea por beneficiárias viúva e companheira. Ausência de reconhecimento judicial. Legalidade e registro de um ato. Ilegalidade e negativa de registro de outro ato. Interessada: Norma Rios Maciel. Interessada: Raimunda Alves de Oliveira. Relator: José Jorge, 15 de outubro de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/%2522eg%25C3%25ADdio%2520barbosa%2522/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/1. Acesso em: 18 de julho de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível: 431110.** Apelação cível. Anulação de casamento. sentença de procedência. Relator: Edson Ubaldo, 14 de abril de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 580938460.** Anulação de casamento. Sentença de improcedência do pedido. Vicio de vontade. Esposa que desconhecia o homossexualismo do marido antes do casamento. Relator: Teixeira Leite, 11 de setembro de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Ação Civil 4581997**. Processual Civil e Civil. Danos morais e materiais. Prova. Necessidade de perícia médica. Constituição do dote. Relator: Campos Amaral, 17 de novembro de 1997.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Reo: 411 DF**. A recusa ao débito conjugal. Manifestada de modo peremptório pela esposa logo na noite de núpcias e que persiste pelos dias seguintes. Impedindo a consumação do matrimônio. Constitui erro essencial quanto à pessoa do cônjuge, hábil a invalidar o casamento. Relator: Luiz Claudio Abreu, 06 de novembro de 1985.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 10000221706005001**. Ação de reconhecimento dissolução de união estável. Relator: Pedro Aleixo, 15 de dezembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Remessa Ex-officio: 2979000136 ES 002979000136.** Remessa ex officio. Ação de anulação de casamento. defloramento da mulher ignorado pelo marido. Erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Relator: José Eduardo Grandi Ribeiro, 30 de junho de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Reexame necessário nº 00123540519938190000**. Família. Anulação de casamento por não consumação de relações

sexuais em razão de resistência da mulher. Virgindade comprovada. Relator: Paulo Sergio De Araújo e Silva Fabiao, 16 de agosto de 1994.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Reexame Necessário nº 00065037719968190000.** Anulação de casamento. Erro essencial. Defeito físico irremediável. Impotência "coeundi". A impotência "coeundi", inviabilizando os fins do casamento, e' um defeito físico suficiente para justificar a anulação do casamento. Relator: Marlan Marinho, 08 de agosto de 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70032881088**. Apelação cível. Família. anulação de casamento. recusa ao relacionamento sexual por parte do varão. Erro essencial caracterizado. Relator: José Conrado Kurtz de Souza, 13 de janeiro de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Reexame Necessário 583034806**. Anulação de casamento. Recusa ao Débito conjugal. Relator: Athos Gusmão Carneiro, 22 de novembro de 1983.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Mulheres recebem 19,4% a menos que os homens, aponta 1º Relatório de Transparência Salarial.** 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2024/Marco/mulheres-recebem-19-4-a-menos-que-os-homens-aponta-1o-relatorio-de-transparencia-salarial>. ACESSO EM: 6 de junho de 2024.

CARDOSO, Oscar Valente. **Decisões Monocráticas nos Tribunais: exceção ou regra?** 2022. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2293. Acesso em 21 de maio de 2023.

CARVALHO, Nara Pereira ; STANCIOLI, B. S. **Liberdade, Democracia e Afetividade às Relações Familiares: Por um Modelo Aberto de Família**. In: 12th World Congress of Bioethics, 2014, Cidade do México. Program & Abstract Book, 2014.

CASTRO, Lucas Silva de; TASSIGNY, Mônica Mota. **A Utilização da Jurisprudência na Pesquisa Jurídica: uma análise do sistema de precedentes**. Revista dos Tribunais, vol. 1012/2020, 2020. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/66304260/05_A_utilizacao_da_jurisprudencia_na_pesquisa_juridica-libre.pdf?1618875982=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DA_UTILIZACAO_DA_JURISPRUDENCIA_NA_PESQUI.pdf&Expires=1691767479&Signature=J65wMkwf9gJItMxaDtJ7rrS7rThWEvxX8Cif-o7myvj4wnCOFUN891ugqvDl2qR-JLGzraQ4FNX5mNvcYzU8lFNiIzAmpPnp6fh2Hbmk6XrgCT-AnIAv3860j5kfcrGmML1R2PkWiwnnq1aXPksWBKodt3JHl0kTr48501U9WaHql9H4zpEwboi~Itn-lNLfLCDCUvXJSr~HlaCfN9dCAi9wXWSWjytzm~UHXt7Zf5iG-vl8JGWuRu43TiVANqCdti4xmdYuo9nRk3vKpGQS0kwsVOk0I1Wcz5bVUfAnH~JpcUzuTW8xSMNWBMRwrfEO1AzfsppB0EMpZfSvlIJWPQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em 11 de junho de 2023.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. **Direito Patrimonial de família: do regime de bens entre cônjuges**. In Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas. Quartie Latin do Brasil: São Paulo, 2008.

COSTA, Dilvanir José da. **A Família nas Constituições**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 43, n. 169, p. 13-19, 2006.

DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. **Sexualidade, Cristianismo e Poder**. Rio de Janeiro: Estudos e Pesquisas em Psicologia (UERJ), ano 10, n. 3, 2010.

DATASENADO. **Pesquisa Nacional de Violência contra a Mulher.** 10º Edição, 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/ebook_pes_nacional_de_violencia_contra_a_mulher.pdf/. Acesso em: 9 de maio de 2023.

DEL PRIORE, Mary. A**o Sul do Corpo: condição feminina. Maternidade e mentalidades no Brasil Colônia**. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

DEL PRIORE, Mary. **Pequena História de Amor Conjugal no Ocidente Moderno**. Estudos de Religião, ano XXI, n. 33, p. 121-135, 2007.

DELUMEAU, Jean. **História do Medo no Ocidente 1300-1800: Uma cidade sitiada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio e Dignidade feminina.** Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). 2010. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/593/Divórcio+e+dignidade+feminina. Acesso em 3 de julho de 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 37ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ELIAS, Norbert. **O Processo Colonizador Volume 1: Uma História dos Costumes.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1994.

FACHIN, Luis Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Renovar, 2021.

FARHAT, Alfredo. **A mulher perante o direito**: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário, 1971.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

FERNANDES, Maria de Lourdes Correia**. Espelhos, Cartas e Guias: Casamento e Espiritualidade na Península Ibérica (1450-1700**). Instituto de Cultura Portuguesa. Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 1995.

FILHO, Roberto Freitas. LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões – MAD**. Univ. JUS, Distrito Federal: Brasília, n. 21, p. 1-17, 2010.

FLANDRIN, Jean-Louis. A Vida Sexual dos Casados na Sociedade Antiga. *In*: ARIÉS Philippe; BÉJIN, André. **Sexualidades Ocidentais: Contribuições para a História e para a Sociologia da Sexualidade.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 135-156.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Dois séculos separam mulheres e homens da igualdade no Brasil.** 2015. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1675183-no-ritmo-atual-fim-da-desigualdade-entre-homens-e-mulheres-demoraria-240-anos.shtml#:~:text=Homens%20ganhavam%2021%2C82%25%20a,2014%20a%2018%2C29%25.. Acesso em 6 de junho de 2024.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1: A vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilherme Albuquerque. 6 Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 4: as confissões da carne**, tradução de Heliana de Barros Conde Rodrigues, Vera Portocarrero. 1º Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48ª ed. São Paulo: Global, 2003.

GÊNERO E NÚMERO. **Cônjuges ou namorados são autores de um a cada oito estupros de mulheres no Brasil.** 2023. Disponível em: https://www.generonumero.media/reportagens/estupro-marital/. Acesso em: 14 de maio de 2024.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro.** 2º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 20ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

HAHN, Noli Bernardo. SENNA, Tassiara da Silva. **Elementos que contribuíram para a consolidação do patriarcado: uma análise da obra "O contrato sexual" de Carole Pateman.** Revista Videre, v. 12, n. 23, págs. 259-270, 2020.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedric. Fenomenologia do espírito. Tradução: A.V.Miller. Petrópolis: Vozes, 2014.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. 2. ed. São
Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 74-75.

HOLLANDA, Heloisa Buarque de. **Pensamento Feminista brasileiro: formação e contexto**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Em 2022, mulheres dedicaram 9,6 horas por semana a mais do que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas.** Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37621-em-2022-mulheres-dedicaram-9-6-horas-por-semana-a-mais-do-que-os-homens-aos-afazeres-domesticos-ou-ao-cuidado-de-pessoas. Acesso em: 6 de junho de 2024.

KANT, Immanuel. **The Philosophy of Law** [Filosofia do Direito] (trad. W. Hastie), Edimburgo, T. and T. Clark, 1887.

LE BRAS, Gabriel. **La doctrine du mariage chez les théologiens**. In: Dictionnaire de Théologie Catholique, tomo IX, Paris, 1927.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.** Anais do III Congresso Brasileiro de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a *vocatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 95.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.** trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2019.

LOPES, Laís Godoi. **A Família para Além do Gênero: reformulações dos direitos reprodutivos a partir das biotecnologias**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2019.

MACKINNON, Catharine. **Toward a feminist theory of the state**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARÇAL, Katrine. **O Lado Invisível da Economia: uma visão feminista**. 1ª Ed. São Paulo: Alaúde, 2017.

MARQUES, Stanley Souza. **Justiça, Gênero e Famílias: Pensando uma teoria da justiça com e contra Axel Honneth**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2021.

MARQUES, Lorenna. **Considerações sobre o Conceito de Liberdade na Teoria de Jean-Jacques Rousseau.** Natal: Revista Saberes, v. 1, n. 15, 2017, p. 151-165.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **A mulher casada no Código Civil de 1916. Ou, mais do mesmo**. Textos de História. Revista do Programa de Pós-graduação em História da UNB, 12 (1-2), p. 127-144, 2004.

MEGALI NETO, Almir. **Controle jurisdicional do processo de *impeachment*: o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff perante o Supremo Tribunal Federal**. Orientador: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. 2020. 392 folhas. Dissertação (Metrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020.

MELO, Thaís Requião de. **O que há por trás da norma: uma análise do tratamento da mulher no direito de família do código de 1916 ao de 2002**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo, da Universidade Federal da Bahia, 2013.

MIGUEL, Luis Felipe. **Carole Pateman e crítica feminista do contrato**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 32, n. 93, 2017.

MIRANDA, Alina Silva Sousa de. **União Indissolúvel e Perpétua? Modernidade e expressões familiares à época da secularização dos casamentos (1890-1930)**. Tese apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho Typographia, 1928.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso.** In: CANOTILHO, J.J Gomes;
MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MORAES. Maria Celina Bodin de. **A Família Democrática**. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; ALVES PEREIRA, Antonio Celso (Coords). Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MOREIRA, Adilson José. **A Construção Jurídica da Heterossexualidade**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 47, n. 188, 2010.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família –Limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NUNES, Márcio da Silva. LANDIM, Robione Antonio. **A Liberdade na Obra do Contrato Social de Jean Jacques Rousseau**. Rhema, v. 16. n. 52, p. 52-68, 2018.

OLIVEIRA, Euclides de. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Do Direito de Família.** In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFAM, 2001, p. 5.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. FEFEBAUM, Marina. PINHEIRO, Victor Marcel. Meu Trabalho Precisa de Jurisprudência? Como Posso Utilizá-la? *In:* QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (org). FEFERBAUM, Marina (org.). **Metodologia da Pesquisa em Direito: Técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2º Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 99 – 128.

PATEMAN, Carole. **El desorden de las mujeres: democracia, feminismo y teoría política**. Cíudad Autónoma de Buenos Aires: Prometeo Libros, 2018.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1993.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual**. tradução: Marta Avancini. 5º ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2023.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. **As diretrizes teóricas do Código Civil Brasileiro de 2002 e o Neoconstitucionalismo**. Revista dos Tribunais, São Paulo, V. 101, n. 925, nov., 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 29º Ed., 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016a.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3º Ed. São Paulo: Saraiva, 2016b.

PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA NO STF. Brasília: STF, 2023. Disponível em: https://ead.stf.jus.br/mod/page/view.php?id=11197. Acesso em: 29 de junho de 2023.

PIMENTEL, Helen Ulhôa. **Casamento e sexualidade: a construção das diferenças**. Florianópolis: Editora Mulheres, 2012.

PIMENTEL, Helen Ulhôa. **O Casamento no Brasil Colonial: um ensaio historiográfico**. *Em tempo de Histórias*. Publicação do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade de Brasília, n. 9, Brasília, 2005.

PITIKN, Hanna. **Fortune Is a Woman Gender and Politics in the Thought of Niccolo Machiavelli**. The Universitu of Chicago Press, 2º Ed., 1999.

REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA. **Elas vivem: liberdade de ser e viver.** Rio de Janeiro: Cesec, 2024. Disponível em: https://observatorioseguranca.com.br/wordpress/wp-

content/uploads/2024/03/RELATORIO_elas-vivem_fev24_-corrigido-WEB.pdf. Acesso em 9 de maio de 2024.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Procedido de discurso sobre as ciências e as artes.** Cronologia e introdução por Jacques Roger. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2º edição. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

Rousseau, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** São Paulo: Nova Cultural, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Politics and the Arts: A letter to M. D'Alembert on the Theatre, tr. A. Blossom.** Cornel University Press, Ithaca, Nova York, 1968.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emile or on Education** (trad. A. Bloom), Nova York, Brasil Books, 1979, p. 360.

RICH, Adrienne. **Heterossexualidade compulsória e existência lésbica e outros ensaios.** Trad. Angélica Freitas e Daniel Lühmann. Rio de Janeiro: A Bolha Editora, 2019.

RUBIN, Gayle. **Políticas do Sexo. Pensando o sexo**. Trad. Jamille Pinheiro Dias. UBU, 2017.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da unidade codificada a pluralidade constitucional**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2003.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, Patriarcado e Violência.** São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SANDRI, Silvia Taisa Rodrigues. **Constituição e Dissolução da Sociedade Conjugal no Direito Canônico: Concílio de Trento e as Primeiras Constituições do Arcebispo da Bahia.** Revista Jurídica Cesumar, v. 3, n. 1, 2003.

SANDRI, Silvia Taisa Rodrigues. **Constituição e Dissolução da Sociedade Conjugal no Direito Canônico: Concílio de Trento e as Primeiras Constituições do Arcebispado da Bahia**. Revista Jurídica Cesumar, vol. 3, n. 1, 2003.

SANTOS, Cícero Edinaldo dos; HOLANDA, Patrícia Helena Carvalho. **A proteção do matrimônio nos discursos pastorais da igreja católica: nuances a partir de Trento.** Brazilian Journal of Development, Curitiba, v. 6, n. 3. P. 11717-11727, 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana –Conteúdo, trajetórias e metodologia**.2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Marcos Alves da. **Da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família.** Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Concubinato e sociedade de fato**. São Bernardo do Campo: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 2, 1992.

SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. **Do direito de família ao direito das famílias**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 52, número 205, 2015.

SOUZA, Roberta. **Liberdade, Propriedade e Trabalho em Locke e Hegel**. In: Argumento Revista de Filosofia, v.4, n.7, p. 119-130, 2012. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/6721. Acesso em: 13 de setembro de 2024.

SOUZA, Jessé. **Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SOUZA, Laura de Mello e. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil Colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares** *In: A Nova Família: problemas e perspectivas.* São Paulo: Renovar, 1997.
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 30, n. 104/105, out./mar. 2003/2004

TOLEDO, Cláudia. **Direitos Sociais em Debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O Legado do Código Civil de 1916**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 111, 2016, p. 85-100.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. BIBLIOTECA UNIVERSITÁRIA. **Diretrizes para normalização de trabalhos acadêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Biblioteca Universitária - Sistema de Bibliotecas da UFMG, 2023.

VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, Amor e Desejo no Ocidente Cristão**. São Paulo: Editora Dialética, 1986.

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos Pecados: Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 23ª Ed. Barueri: Atlas, 2023.

VIDE, Sebastião Monteiro da**. Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2011.

VIEIRA, Rejane Esther. MENDES, Betina Souza. **Democracia Segundo Rousseau: uma análise histórica sobre as principais ideias de Rousseau na Obra "O Contrato Social" e sua Contribuição para Democracia na Contemporaneidade**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. V. 5, 2009.

VILLELA, João Baptista. Art. 1.601. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e Cidadania: O Novo CCB e a Vacatio Legis** — Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

VILLELA, João Baptista. **Emenda Constitucional nº 66 – Outras Imprecisões**. *Carta Forense,* São Paulo, out. 2010: A 16.

VILLELA, João Baptista. ***Liberdade "versus" Autoridade no Estatuto Patrimonial do Casamento***. Belo Horizonte: ed. A., 1984.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

VILLELA, João Baptista. **Direito, Coerção & Responsabilidade**: **Por uma Ordem Social Não-Violenta**. Belo Horizonte: Fac. Direito UFMG, 1982.

VILLELA, João Baptista. Família Hoje. In: BARRETTO, Vicente (org.). **A Nova Família: Problemas e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VILLELA, João Baptista. **Obra Selecionada**. Organização: Juliana Cordeiro de Faria, Edgar Audomar Marx Neto, Elena de Carvalho Gomes, Júlia Vieira Froes. São Paulo: Editora: Dialética, 2023.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade.** Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 21, 1979.

ANEXO A – Análise dos julgados prolatados pelo Supremo Tribunal Federal

Compatível com o que foi anunciado na introdução, o presente anexo tem por objetivo *expor* de que maneira o sistema jurídico brasileiro, a partir dos seus Tribunais Superiores – Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) – se posicionam frente às questões relacionadas com a monogamia, isto é, como a sexualidade monogâmica é, de fato, produzida e reproduzida pelo sistema jurídico brasileiro.

A pretensão desta sessão centra-se na exposição do tratamento dado a essa questão. Para tanto, serão analisados julgados no âmbito dos dois Tribunais Superiores. Neste anexo, serão analisados julgados apenas do Supremo Tribunal Federal. O próximo, por sua vez, se concentrará na análise dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Esclarece-se, desde já, que esta sessão não tem por pretensão direta analisar julgados de tribunais inferiores, sejam eles federais ou estaduais. A análise recai, principalmente e em primeiro lugar, em relação aos julgados do Supremo Tribunal Federal, em virtude de suas decisões terem relação direta com a guarda da Constituição Federal de 1988 e por terem efeito vinculante para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

No âmbito de atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, foram exarados dois entendimentos vinculantes a partir do Tema nº 526 (RE 883168) e do Tema nº 529 (1045273). Os julgamentos foram proferidos, respectivamente, no ano de 2021 e no ano de 2020.

A análise dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a ser feita apenas no próximo capítulo, recairá a partir do ano de 2020, quando os importantes precedentes vinculantes foram proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, propõe-se que a análise jurisprudencial recaia sobre todo o período temporal abarcado pela Constituição Federal de 1988. Ou seja, a pesquisa e a análise aprofundada dos precedentes do Supremo Tribunal, recairá desde 1988 até o ano de desenvolvimento destes anexos, ano de 2023. Já em relação ao Superior Tribunal de Justiça, propõe-se que análise recaia a partir de 2020 justamente para ser desenvolvido uma pesquisa de precedentes mais atual sobre a temática da monogamia.

No entanto, antes de analisarmos esses julgados, faz-se necessário demonstrar os recortes metodológicos utilizados para a pesquisa de jurisprudência.

Segundo Juliana de Palma, Marina Feferbaum e Victor Pinheiro (2019), a pesquisa de jurisprudência é uma das válvulas propulsoras das pesquisas empíricas no Brasil. O recente papel que o Supremo Tribunal Federal assumiu na governabilidade e o ativismo judicial elevam o interesse no estudo da jurisprudência. “Chamamos de Análise de Jurisprudência, a

metodologia consistente em coletar as decisões de um ou diversos decisores, sobre um determinado problema jurídico, com o objetivo de identificar um momento decisório, realizar um retrato do 'estado da arte' sobre o assunto" (Roberto FREITAS FILHO; Thalita MORAES LIMA, 2010, p. 2-3). A análise de jurisprudência nos permite identificar a posição e a interpretação de cada julgador sobre um caso concreto e suas eventuais inclinações às demais possibilidades de solução do caso concreto (FREITAS FILHO; MORAES LIMA, 2010).

A metodologia de Análise de Jurisprudência deve ser aplicada nos casos em que a pergunta problema do trabalho somente pode ser respondida pela análise dos julgados (Juliana PALMA; Marina FEFERBAUM; Victor PINHEIRO, 2019). Isso demonstra que os estudos de jurisprudência somente se justificam diante de uma pergunta problema. A pesquisa busca responder ao questionamento proposto e os resultados se entremeiam diretamente com a pesquisa de jurisprudência, as quais conferirão delimitação e coerência aos argumentos da pesquisa.

No presente caso, a questão de *De que maneira o campo jurídico brasileiro, por meio dos seus Tribunais Superiores, ao incorporar como padrão a sexualidade monogâmica, reproduz uma lógica de controle e subjugação de mulheres?* Só poderá ser respondida após uma análise atenta e aprofundada desses julgados. Claro, todo o arcabouço doutrinário também é de suma importância para este trabalho, no entanto, mais do que o suporte doutrinário, a jurisprudência dos Tribunais Superiores se mostram de extrema necessidade. A ausência destes impossibilitaria o desenvolvimento desta pesquisa. São os julgados da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça que dão sentido a toda a produção jurídica no Brasil.

Os julgados irão nos permitir entender a escolha da interpretação da autoridade competente mais adequada ao caso concreto. Grande parte dos julgados desses Tribunais são formados a partir de um colegiado, como os acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A investigação destes, especialmente, nos proporcionará analisar as diferentes interpretações sobre uma mesma questão, ainda que convergentes.

Na análise de jurisprudência é de extrema importância que o pesquisador reconheça as diversas interpretações, as interpretações convergentes, os pontos de convergência e os pontos de divergência entre os votos dos ministros. No desenvolvimento desta análise se questionará: Em que ponto concordam os julgadores? Em que ponto há discordância? Sobre que fundamentos esses votos se baseiam? Quais as doutrinas utilizadas? São embasamentos atuais, pautados na Constituição Federal de 1988? Qual é o voto condutor, ou seja, a autoridade que emitiu a interpretação escolhida no caso concreto?

Na esteira de outras pesquisas realizadas no âmbito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a exemplo da Dissertação de Mestrado de Almir Megali Neto apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (2020), foram utilizados como recortes metodológicos os seguintes critérios: (i) critério institucional; (ii) temático; (iii) temporal e (iv) processual.

A escolha de recortes metodológicos é necessária à delimitação do tema e ao devido aprofundamento da pesquisa. A análise de jurisprudência não se concretiza com a busca de julgados mais recentes sobre um determinado tema ou de julgados aleatórios, sem qualquer justificativa. Para o correto aprofundamento da pesquisa jurisprudencial, faz-se necessária a realização de recortes metodológicos a fim de que a pesquisa se mostre, de fato, coerente, pois "Pesquisa de jurisprudência não combina com generalidade. Apenas com um objeto bem delimitado é possível alcançar resultados de pesquisa relevantes e com o devido aprofundamento" (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019, p. 109).

A partir do recorte institucional, define-se qual é o tribunal decisório cujos julgados serão analisados. Neste trabalho, elencou-se o Supremo Tribunal Federal (STF) como fonte prioritária de pesquisa e, em segundo lugar, o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A escolha do Supremo Tribunal Federal ocorre em razão de ser a instância superior e a última instância do Poder Judiciário Brasileiro. Ao Supremo Tribunal, órgão da cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, compete a guarda da Constituição Federal de 1988, nos moldes do art. 102, da Carta Magna de 1988.

A análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, propriamente, nos fornecerá subsídios para entendermos até que ponto a Constituição Federal de 1988 está sendo, de fato, resguardada pelo seu órgão guardião.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, foi escolhido por ser também um dos órgãos máximos do Poder Judiciário do Brasil, especialmente quando o assunto envolve temas de Direito Civil. Este é o órgão do Poder Judiciário que assegura a uniformidade à interpretação da legislação federal, o que tem total relação com o objeto de pesquisa proposto neste trabalho, na medida em que serão analisadas legislações infraconstitucionais, especialmente envolvendo o Direito Civil.

O recorte temático é, precisamente, a escolha de uma temática específica, dentre várias possíveis em uma mesma pesquisa. Neste trabalho, propõe-se a pesquisa de jurisprudência que envolva, ainda que de maneira indireta, a questão da monogamia. As palavras-chave utilizadas para o levamento de jurisprudência no âmbito dos dois tribunais são "concubinato", "concubina", "concubino", "bigamia" e "monogamia".

Em relação ao recorte temporal, foram feitas, como já adiantado, duas divisões. A pesquisa de jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal partirá da Constituição de 1988 até o ano de elaboração destes capítulos, ano de 2023. Esta análise nos fornecerá suporte para compreendermos o contexto jurídico histórico envolvendo a temática da monogamia no Supremo Tribunal Federal, bem como para compreendermos se houve alguma evolução na temática, diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, em relação aos julgados emitidos antes desse período, e se, ainda com a promulgação da Carta Magna de 1988, existem resquícios do sistema jurídico patriarcal e patrimonialista anterior.

Já em relação ao Superior Tribunal de Justiça, frente a prolação de acórdãos vinculantes, personificados nos Temas nº 526 e nº 529, a pesquisa recairá a partir do ano de 2020.

O critério processual também é utilizado para especializar a pesquisa de jurisprudência deste trabalho. No estudo, serão analisadas apenas os acórdãos, dotados ou não de repercussão geral, as súmulas e os informativos sobre a matéria. As decisões monocráticas não serão objeto de análise principal deste trabalho.

A partir da problemática de pesquisa proposta, bem como dos critérios de recorte metodológico na pesquisa jurisprudencial, os acórdãos, informativos e súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal serão analisados a partir das seguintes variáveis de pesquisa: (i) partes interessadas envolvidas no processo; (ii) fatos do processo (envolvendo aspectos fáticos, no sentido estrito do termo, bem como jurídicos/processuais); (iii) citação de normas, precedentes, princípios e de doutrina utilizados; (iv) resultado do julgamento; (v) principais linhas argumentativas desenvolvidas em cada voto.

Essas variáveis representam o desmembramento da pergunta problema proposta, mas orientadas por ela. “De modo simples, por ser considerado variável de pesquisa todo elemento que será analisado nela” (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019, p. 117).

O material de análise correspondente aos julgados, será colhido perante os sites oficiais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Os julgados do Supremo Tribunal Federal foram retirados diretamente do *site* oficial https://portal.stf.jus.br e do Superior Tribunal de Justiça do *site* oficial https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio.

Em relação à Suprema Corte, as pesquisas serão realizadas a partir da aplicação das palavras-chaves “monogamia”, “concubinato”, “concubina”, “concubino” e “bigamia” no campo de “jurisprudência” previsto na página principal do site oficial.

O Supremo Tribunal Federal, em seu *site* oficial, disponibiliza um acesso direto ao tesauro da Suprema Corte. Conforme o curso de jurisprudência da Corte (2023), o tesauro consiste em uma lista com termos autorizados, advindos de um vocabulário controlado, no qual

são explicitadas as relações envolvendo sinonímia, gênero e espécie e associação que as palavras estabelecem entre si.

A escolha das palavras-chave foi também baseada no vocabulário constante no tesauro do Supremo Tribunal Federal.

No tesauro do Supremo Tribunal, a palavra "concubinato" aparece relacionada aos termos "concubina" e "concubino casado", inserida na categoria de Direito Civil. A palavra "concubina" também aparece relacionada ao "concubinato" e ao "concubino casado", inserida na categoria de Direito Civil. Já a palavra "concubino", também inserida na categoria de Direito Civil, consta relacionada com os termos "companheira", "companheiro", "concubina", "concubinato" e "união estável".

O termo "bigamia" também consta no tesauro da Corte. A palavra aparece relacionada ao termo genérico "crime contra o casamento" e aos termos "casamento", "cônjuge", "esposa", "família". A categoria de bigamia, por sua vez, está inserida na área de Direito Penal.

No Superior Tribunal de Justiça, também serão aplicadas as mencionadas palavras-chave para se localizar julgados no âmbito do Tribunal. As palavras serão aplicadas também no campo de "jurisprudência", previsto em sua página principal.

Esclarece-se que as palavras-chave "concubinato", "bigamia", "concubina" e "concubino" foram elencadas justamente por representarem um poder contra monogâmico, mais ordinário e repetitivo no âmbito dos tribunais.

A busca de jurisprudência, iniciou-se no mês de maio de 2023. Ao pesquisar com os parâmetros supramencionados, localizou-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, 45 (quarenta e cinco) acórdãos.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foram localizados 11 (onze) acórdãos e 2 (dois) informativos de jurisprudência.

As decisões monocráticas, como mencionado, não serão analisadas de maneira aprofundada nesta pesquisa. No entanto, ao longo do texto poderão ser mencionadas com o objetivo tão apenas de demonstrar como os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, personificados nos acórdãos e informativos, estão sendo reproduzidos em casos considerados repetitivos.

Serão analisados também, de maneira complementar, julgados citados nos mencionados precedentes – com aprofundamento nos precedentes julgados após a promulgação da Constituição de 1988 -, envolvendo o concubinato, famílias simultâneas e casamento homoafetivo, ainda que não mencionem expressamente a temática da monogamia. Essas decisões serão importantes para compreendermos, nos próximos capítulos, as consequências

que são produzidas pela imposição da monogamia pelo judiciário brasileiro, bem como para entendermos quais são os fundamentos utilizados pelos ministros ao analisar lides envolvendo o questionamento da monogamia.

A partir do arcabouço de todos esses julgados, o estudo avançará para a identificação do posicionamento assumido pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e os seus ministros, objetivando expor e descrever os principais fundamentos que nortearam a atuação dos Tribunais, bem como dos seus membros nos casos analisados. Este anexo não tem a pretensão de fazer uma análise crítica dessas questões, mas tão somente descritiva. A análise crítica ficará sob o encargo do próximo capítulo. Portanto, nesta sessão, propõe-se fazer uma análise descritiva do tratamento da temática da monogamia pelo judiciário brasileiro.

Após a análise dos julgados sobre a temática, dos seus fundamentos, dos precedentes e doutrinas utilizadas, acredita-se ser possível vislumbrarmos a maneira em que a monogamia é produzida e reproduzida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça ao longo de toda a história constitucional brasileira e os impactos promovidos nas vidas das mulheres.

Por fim, registra-se que a análise de jurisprudência será feita de maneira cronológica, isto é, analisar-se-á, primeiramente, os julgados de 1988, em seguida 1989 e assim por diante.

Destaca-se que, no decorrer desta pesquisa de jurisprudência, identificou-se que, em alguns precedentes, não foram publicados todos os votos no inteiro teor do acórdão. Após contatos com o Supremo Tribunal Federal, via plataforma digital institucional, foi informado que os Ministros não estão obrigados a redigirem votos escritos, seja para acompanhar uma tese ou dela divergir.

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal, através do seu setor responsável pela pesquisa de jurisprudência, informou que o inteiro teor de um acórdão é publicado com a íntegra dos votos dos Ministros. A versão que é disponibilizada no site institucional é a versão única e oficial, a mesma publicada no Diário Oficial de Justiça.

Na ocasião da análise dos Temas nºs 529 e 526, ante a ausência de alguns dos votos no site do Supremo Tribunal, solicitou-se ao setor de pesquisa da Corte o envio destes votos faltantes. A informação que foi dada, confirmou a orientação já mencionada.

Nos processos caracterizados como segredo de justiça, apenas os advogados das partes, regularmente instituídos nos autos, podem ter acesso à íntegra do acórdão, com todos os detalhes do processo.

No próximo anexo, serão analisados os precedentes do Superior Tribunal de Justiça. A metodologia descrita neste capítulo se estende tanto para o Supremo Tribunal Federal quanto

para o Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual, no próximo anexo, o tema não será retomado.

1.1 Embargos no Recurso Extraordinário nº 109.091/São Paulo – O caso de Maria Helena Vilela de Araújo da Costa

Os Embargos no Recurso Extraordinário nº 109.091-0 - São Paulo foi o primeiro processo analisado pelo Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Constituição de 1988, envolvendo a temática do concubinato e sociedade de fato.

Os embargos foram interpostos por Maria Helena Vilela de Araújo da Costa em desfavor de Paulo José da Costa Júnior.

O recurso foi distribuído para o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ocasião em que, após sessão plenária, os Ministros, por maioria dos votos, resolveram conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento em parte, nos termos do voto do Ministro Sydney Sanches. O caso foi julgado em 17 de novembro de 1988, um pouco mais de um mês após a promulgação da Constituição.

1.1.1 Síntese fática do caso

Maria Helena teve um relacionamento duradouro com Paulo José da Costa Júnior. O relacionamento se iniciou em 29 de maio de 1967, findando-se em 1979 por vontade própria de Paulo José. Ao tempo do envolvimento, Maria Helena era solteira e Paulo José era desquitado.

Ela foi estagiária dele em seu escritório de advocacia, local onde a relação se desenvolveu. O relacionamento profissional então se transformou em relacionamento afetivo, advindo daí a chamada *união concubinária.* Em março de 1969, quando o filho do casal nasceu, Maria Helena teria parado de trabalhar sob orientação de Paulo José.

Ante ao término da relação, foi ajuizada uma ação de dissolução de sociedade de fato, entre concubinos, com pedido de meação do patrimônio construído com o esforço comum de ambos os indivíduos.

Em sede de primeiro grau, o juízo competente concluiu pela procedência da ação, ante a apresentação de contestação de maneira intempestiva e o reconhecimento da revelia por parte de Paulo José. O caso foi julgado antecipadamente por conta dessas questões processuais.

Após ser provocado, o Tribunal de Justiça, na ocasião, também reconheceu a sociedade de fato entre os interessados, bem como a contribuição financeira de Maria Helena, com o seu

trabalho, para a formação do patrimônio do casal. Na ocasião, concluiu-se que Maria Helena colaborou para a formação do patrimônio comum, mas em pequena parcela. Em virtude da baixa contribuição, o Tribunal entendeu que ela não poderia concorrer à meação de todos os bens conservados e adquiridos durante o concubinato. A concessão da cota-parte pelo Tribunal relacionou-se, tão apenas, aos aquestos.

Em 15 de abril de 1986, Paulo José da Costa Júnior interpôs recurso extraordinário contra decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que concedeu à Maria Helena um quarto dos bens adquiridos pelo recorrente, seu companheiro, durante todo o tempo que conviveram.

A principal questão processual suscitada, profundamente debatida ao longo de todo o processo, relacionou-se com a possibilidade de o procurador originário receber citação.

Quanto ao mérito da questão, em sede de recurso extraordinário, Paulo José alegou que Maria Helena não teria direito à cota-parte que lhe foi concedida pelo Tribunal de Origem, com o fundamento de que ela não contribuiu financeiramente para a formação do patrimônio comum.

O Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 1986, conheceu do recurso extraordinário interposto e lhe deu provimento, nos termos do voto do Ministro Relator Francisco Rezek.

Inconformada, a defesa de Maria Helena ingressou com embargos de divergência. Essencialmente, foram alegadas questões de ordem processual.

Os embargos de divergência foram conhecidos e recebidos, por maioria, para não se conhecer do recurso extraordinário, especialmente quanto a parte de direito processual relacionada à representação judicial das partes.

Ante a vigência do art. 336 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, restou para julgamento, ao Plenário, a questão da configuração ou não da sociedade de fato, da formação do patrimônio por esforço comum e a sua consequente partilha.

O julgamento dos embargos de divergência, em sua grande parte, analisou questões de ordem estritamente processuais, razão pela qual não será aprofundado nesta pesquisa.

A exposição do caso recairá, então, tão apenas sobre o julgamento do recurso extraordinário interposto, especialmente no que toca à questão de mérito envolvida. O mérito do recurso extraordinário foi analisado posteriormente à análise dos embargos apresentados pela recorrente, em novembro de 1988.

1.1.2 O Voto do Ministro Relator Oscar Corrêa

O Ministro Relator Oscar Corrêa entendeu que a questão de mérito – a colaboração da concubina para o aumento patrimonial – exigiria a reanálise das provas do processo, o que seria indiscutível em sede de recurso extraordinário.

Na ocasião, ressaltou que o tribunal de origem, embora tenha considerado que sua contribuição foi pequena, concedeu à Maria Helena ¼ dos bens adquiridos pelo recorrente. Não haveria, em sua opinião, como se alterar essa porcentagem sem se proceder com uma nova análise do arcabouço probatório do processo. Ponderou também que o recurso interposto sequer questionou a Súmula nº 380, mas apenas juntou julgados sem demonstrar a comunicação deles com o caso em concreto.

Ao final, após fazer inúmeras considerações de ordem processual, o Ministro conheceu dos embargos interpostos e os recebeu para, julgando o recurso extraordinário, não o conhecer.

Após a prolação de todos os votos dos Ministros da Suprema Corte, em voto final, designado como Voto sem Mérito, o Ministro Relator ponderou que continuaria não conhecendo do recurso extraordinário. No entanto, em virtude do regimento interno, era obrigado a escolher entre as duas correntes sustentadas. Ao final, o Ministro Relator negou provimento ao recurso, mantendo integralmente o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

1.1.3 O Voto do Ministro Célio Borja

O Ministro conheceu do recurso extraordinário interposto e proveu-o. Ele entendeu que a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça *a quo* violou a Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, bem como os precedentes da Corte, aplicáveis ao caso.

O acórdão debatido teria desconsiderado todas as sustentações da requerente, Maria Helena, quanto ao fato de que contribuiu para a formação do patrimônio comum, menos a de que Maria Helena foi estagiária de Paulo José em seu escritório. O Tribunal de Justiça entendeu que, com o salário recebido como estagiária no escritório, Maria Helena ajudou a formar o patrimônio em comum do casal.

À época da prolação do voto, estava vigente a Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, que regulamentava que caso fosse comprovada da existência de sociedade de fato entre os concubinos, seria cabível a sua dissolução judicial, com a consequente partilha do patrimônio adquirido por esforço comum (BRASIL, 1964). A interpretação do Supremo Tribunal Federal, à época, caminhava no sentido de que era necessário, para a partilha dos bens, a comprovação

de que o patrimônio, ou o seu acréscimo, foi adquirido sob o esforço comum de ambos os indivíduos da relação.

Sobre a temática da dissolução de sociedade de fato proveniente de relação concubinária, o Ministro Célio Borja colacionou em seu voto o Recurso Extraordinário nº 93.644 – Rio de Janeiro. Neste, baseado na Súmula nº 380, vislumbrou-se não existir qualquer comprovação de que a recorrida havia concorrido para a formação do patrimônio do *concubino.* Foi sedimentado também o entendimento de que a simples relação entre os concubinos, sejam elas afetuosas e harmoniosas, não enseja a caracterização da sociedade de fato. Diferentemente da união estável, instituto jurídico que será mais tarde reconhecido, a sociedade de fato existia, tão apenas, no direito das obrigações e não no direito de família.

O Ministro apontou que esse precedente, que situou a sociedade de fato no direito das obrigações, não era o único no arcabouço jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Considerando ser a relação de concubinato proveniente do direito das obrigações, campo originário do direito civil, ponderou que o entendimento do Supremo Tribunal Federal excluía a possibilidade de se considerar, para efeitos da construção do patrimônio, o período em que Maria Helena trabalhou como estagiária para o Paulo José. Quando Maria Helena conheceu Paulo José, ela era sua estagiária e esse vínculo teria ocorrido antes da configuração do concubinato. Não seria possível então subordinar uma relação regida pelo direito do trabalho – a de estagiária – a uma relação obrigacional que decorre da relação concubinária – direito das obrigações e não direito de família.

O Ministro desconsiderou, então, o argumento de que Maria Helena teria contribuído para a formação do patrimônio com o fruto do seu trabalho como estagiária, ocasião em que conheceu e deu provimento ao recurso interposto.

1.1.4 O Voto do Ministro Carlos Madeira

O Ministro Carlos Madeira deu provimento ao recurso extraordinário interposto com fundamento no Recurso Extraordinário nº 81.012. Este último, por sua vez, julgado em 1975, também definiu que o concubinato pode produzir efeitos patrimoniais, mas não com base no direito de família e sim no direito das obrigações. Vejamos trecho do julgado colacionado no voto do Ministro Carlos Madeira:

> O concubinato pode produzir efeitos patrimoniais, não com base no direito de família, mas, sim, com fundamento no direito das obrigações. O que implica dizer que, por si mesmo, o concubinato não produz efeitos patrimoniais. Para obtê-los, é preciso que a

> concubina, além de demonstrar a existência do concubinato, prove que tenha havido uma sociedade de fato e daí decorre a partilha dos bens adquiridos em virtude do esforço comum dos concubinos -, ou, pelo menos, tenha havido prestação de serviços a merecer remuneração.
>
> Portanto, os efeitos patrimoniais do concubinato resultam da demonstração ou de uma sociedade de fato, ou da prestação de serviços ao concubino.
>
> Por outro lado, para a concorrência da sociedade de fato não há mister que a colaboração da concubina se dê necessariamente com a entrega de dinheiro ao seu concubino, seja ele, ou não, produto de trabalho, fora do lar; admite-se que essa colaboração possa decorrer do próprio labor doméstico nos casos em que, graças à administração do lar pela mulher, se façam, ou se ampliem economias, graças às quais se forma o patrimônio comum. Essa hipótese evidentemente não ocorre quando o concubino, antes do concubinato, já era rico, e a concubina não demonstra que, graças ao seu trabalho no lar, o homem veio a ampliar, ainda mais, seu patrimônio (BRASIL, 1975, p. 397, apud BRASIL, 1988, p. 449).

O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quanto à relação concubinária e partilha do patrimônio, pode ser resumido dessa maneira: a) a relação de concubinato deveria ser comprovada; b) além do concubinato, deveria ser comprovada a sociedade de fato, com a demonstração de que ambos os indivíduos concorreram para a formação do patrimônio em comum; c) caso não houvesse essa demonstração, a comprovação de ter havido prestação de serviços a merecer remuneração ou, ainda, a prestação de serviços domésticos no lar.

Do pequeno trecho colacionado, é possível vislumbrarmos uma tese jurídica consolidada extremamente patriarcal e discriminatória. A forma como o Supremo Tribunal Federal se referia à relação concubinária era, por si só, pejorativa a ponto de inferiorizar a mulher na relação afetiva. O Supremo Tribunal Federal já pressupunha que a mulher era *a concubina* e o homem o dono do patrimônio, tendo ela que fazer piruetas para ter acesso ao patrimônio do *varão* – termo largamente utilizado pela Corte. Além disso, é possível vislumbrarmos movimentos jurídicos para se concentrar a riqueza patrimonial nas mãos dos homens. Esses pontos serão analisados em momento oportuno.

Com base em trecho do acórdão recorrido proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o Ministro fez questão de pontuar que, quando Maria Helena foi conviver afetivamente com Paulo José, ela era uma pessoa humilde, *de hábitos simples*, não possuindo, ao tempo da relação, qualquer economia pessoal. Registrou que, com o passar dos anos, a requerente foi se tornando proprietária de joias e imóveis. No entanto, não teria sido demonstrado nos autos de origem que Maria Helena advogava ou trabalha em outra área. Há o registro de que ela teria assessorado alguns casos, durante algum tempo. O réu, em contrapartida, seria um advogado de renome e professor universitário.

Considerando a situação humilde da requerente, comprovada na ação ordinária, e as boas condições financeiras de Paulo José, o Ministro entendeu que a requerente não adquiriu os bens em comum esforço na constância da relação. Maria Helena, ao invés, só teria tido acesso aos patrimônios em razão de ter tido uma relação longa com Paulo. Ponderou o Ministro que: "Ficaria ela, como observou o Ministro Moreira Alves no julgamento do RE 85.391, 'em situação de superioridade à mulher legítima casada pelo regime de separação de bens'" (BRASIL, 1988, p. 450).

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 85.391, em 05 de dezembro de 1979, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que para o reconhecimento de sociedade de fato, não bastaria apenas o concubinato em si, mas também a comprovação de que o patrimônio adquirido proveio do trabalho conjugado de ambos os indivíduos envolvidos na relação.

Ao final, o Ministro deu provimento ao recurso, acompanhando o Ministro Célio Borja.

1.1.5 O Voto do Ministro Octávio Galloti

O Ministro Octávio Galloti, em seu curto voto, concordou com os Ministros Célio Borja e Carlos Madeira.

Na ocasião, com base na necessidade de comprovação de esforço comum para a divisão de bens – embasado no Recurso Extraordinário nº 93.644 já analisado -, considerou que não seria compatível o trabalho exercido por Maria Helena - como estagiária - com o montante do patrimônio construído por Paulo ao longo do concubinato de doze anos.

Já em 1988, se discutia a influência da afetividade nas decisões. No caso em concreto, essa influência foi vislumbrada. Para o Ministro, a questão da afetividade seria doutrinariamente sustentável, mas não coincidiria com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que situou a sociedade de fato estritamente no campo do direito das obrigações.

O Ministro, então, conheceu o recurso extraordinário e lhe deu provimento.

1.1.6 O Voto do Ministro Sydney Sanches

O Ministro colacionou em seu voto o acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 93.644 – Rio de Janeiro, julgado em agosto de 1981, ocasião em que se consolidou também o entendimento de que, para que haja sociedade de fato, é necessário que se prove que *a concubina*, com economias pessoais ou com o próprio trabalho, contribuiu para a formação do patrimônio em comum.

Abre-se um parêntesis para observar que, as decisões do Supremo Tribunal Federal depreciavam, como regra, a mulher. Era a mulher, qualificada como *concubina* quem tinha que provar que contribuiu para a formação do patrimônio em comum do casal. Os votos analisados até aqui não demonstram o mesmo entendimento direcionado para os homens. O Supremo Tribunal Federal pressupunha que era o homem, essencialmente, quem formava o patrimônio durante a relação concubinária.

Com base no Recurso Extraordinário nº 98.800 – São Paulo[226], julgado em 04 de maio de 1984, o Ministro também pontuou que o afeto e a assistência no lar também não eram razões para se conceder o direito patrimonial à concubina.

O Ministro Sydney Sanches, diferentemente dos outros Ministros quando da análise do caso, recapitulou alguns termos do acordão recorrido, prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Este Tribunal, por sua vez, teria considerado, para fins de concessão de ¼ sob os aquestos à Maria Helena, todo o período da relação concubinária, e não apenas o período em que trabalhou como estagiária para Paulo. Na opinião do Ministro, o Tribunal de origem teria feito isso sem considerar qual foi o esforço financeiro de Maria Helena quando ela parou de trabalhar, período em que o filho do casal nasceu.

Para o Ministro, o Tribunal de Justiça reconheceu a existência de esforço comum de Maria Helena, ou seja, sociedade de fato, em período em que não teria contribuído monetariamente para a construção do patrimônio. Maria não teria contribuído nem com capital e, muito menos, com trabalho, haja vista ter saído do escritório de advocacia.

Considerando o período em que Maria Helena teria trabalhado para Paulo como estagiária, o Ministro entendeu ser correto o acórdão do Tribunal de Justiça na parte em que reconheceu esforço de Maria Helena, qualificada por todo o voto como concubina, para a formação do patrimônio em comum.

Em que pese o reconhecimento de comunicação dos aquestos, na cota-parte de ¼ para Maria Helena, a partir de março de 1969, quando a *concubina* teria deixado de trabalhar em virtude do nascimento do filho do casal, o Ministro reconheceu que os direitos patrimoniais não deveriam ser concedidos à Maria Helena. Ela, então, só teria direito a ¼ dos aquestos pelo período em que trabalhou como estagiária de Paulo.

Ao final, o Ministro conheceu em parte, do recurso extraordinário interposto e, em relação a esta parte, lhe deu provimento para excluir da partilha de bens aqueles adquiridos após o período em que Maria Helena teria parado de trabalhar: março de 1969, quando nasceu o filho

[226] O julgado não foi localizado na base de dados do Supremo Tribunal Federal.

do casal. O Ministro sugeriu então a reforma do julgado prolatado pelo Tribunal de Justiça, em prejuízo à requerente.

1.1.7 A questão de ordem suscitada pela defesa de Maria Helena ante a promulgação da Constituição Federal de 1988

A defesa de Maria Helena sustentou uma questão de ordem. Esta recaiu ante a promulgação da Constituição Federal de 1988 e publicação do art. 226, §3º da Constituição. Este dispositivo, por sua vez, regulamenta que a família possui proteção especial do Estado, sendo base da sociedade. O §3º do dispositivo reconheceu a união estável, entre homem e mulher, como entidade familiar (BRASIL, 1988).

Além de suscitar questão de ordem processual diante da promulgação da Constituição, suscitou que a vigência do art. 226, §3º lhe concederia o direito de ter comunhão parcial dos bens.

O Ministro Relator Oscar Corrêa, ao analisar a questão de ordem interposta, ponderou que a sociedade conjugal em análise já não existiria mais ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988, razão pela qual seria, então, inaplicável o texto constitucional à relação sob análise.

A questão de ordem foi, então, indeferida.

1.1.8 Os Votos dos Ministros Aldir Passarinho e Francisco Rezek

De início, o Ministro Aldir Passarinho também utilizou a Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal em sua análise. Na ocasião, ponderou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue no sentido de que "a simples vida em comum não enseja a partilha dos bens. É que, como já tem sido acentuado em várias oportunidades, o princípio fixado na Súmula 380 não se finca no Direito de Família, mas no Direito das Obrigações" (BRASIL, 1988, p. 470).

É interessante que, mesmo após a promulgação da Carta Magna de 1988, independentemente de filiação, as relações advindas do concubinato ainda eram enquadradas no campo do direito das obrigações.

Na mesma linha de entendimento do Ministro Sydney Sanches, pautado no Recurso Extraordinário nº 98.800, cujo teor do acórdão já foi aqui exposto, entendeu que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo violou o entendimento do Supremo Tribunal

Federal. O Tribunal de Justiça teria errado ao conceder direitos patrimoniais durante todo o tempo da relação concubinária, e não apenas sob o período em que restou comprovado o esforço comum de Maria Helena.

O Ministro concordou com o voto prolatado pelo Ministro Sydney Sanches, entendendo que Maria Helena só teria direito ao patrimônio no período em que, comprovadamente, laborou no escritório de advocacia de Paulo, período em que teria sido comprovada a sociedade de fato.

O Ministro Aldir Passarinho restringiu, ainda mais, a cota parte devida à Maria Helena, pois, ao invés de lhe conceder ¼ sobre os bens adquiridos, entendeu que a melhor interpretação seria a cota parte de ¼ sob o aumento patrimonial do embargante.

No mais, o Ministro acompanhou o voto do Ministro Sydney Sanches.

O Ministro Sydney Sanches, por aditamento ao voto, ponderou que também quis se referir em sua análise a concessão da cota-parte de ¼ sobre o aumento patrimonial da sociedade de fato, no período de maio de 1967 a março de 1969.

Em seu curto voto, o Ministro Francisco Rezek concordou com os Ministros Célio Borja, Carlos Madeira e Octávio Gallotti, bem como com os Ministros Sydney Sanches e Aldir Passarinho, estes últimos que teriam reduzido o alcance do provimento do recurso (BRASIL, 1988, p. 476).

1.1.9 Os Votos dos Ministros Néri da Silveira e Moreira Alves

O Ministro Néri da Silveira, após fazer um longo resumo dos fatos do processo, ponderou que não seria possível, em sede de recurso extraordinário, se analisar e, muito menos, se discutir a existência ou não de colaboração da concubina para a formação do patrimônio de Paulo, no período da relação concubinária, ante a vigência da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal, que vedaria a reapreciação de provas em sede de recurso extraordinário.

A mensuração da contribuição de Maria Helena para a formação do patrimônio de Paulo constituir-se-ia, em suas palavras, em uma questão de fato, indiscutível em sede de recurso extraordinário, por ser uma instância rara.

Para o Ministro, a Corte recorrida teria analisado todas as questões fáticas, incluindo o período em que Maria Helena trabalhou e deixou de trabalhar para Paulo, não concedendo a cota parte à recorrente por questões afetivas, como suscitou o Ministro Octávio Galloti, mas sim em virtude dos fatos que comprovaram que Maria Helena trabalhou no escritório de advocacia do recorrente.

O Tribunal de Justiça de São Paulo teria, em sua opinião, analisado de forma detida as provas do caso. A concessão da cota-parte de ¼ teria sido, portanto, a conclusão justa considerada por aquele Tribunal.

Ante a essas questões relacionadas à análise das provas do processo pelo juízo de origem, corte soberana local para analisar as provas do caso, na opinião do Ministro, e pautado em questões de ordem processual, votou pelo não conhecimento do recurso extraordinário interposto.

Ponderou o Ministro Moreira Alves que, a tese consolidada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo não é enfrentada por nenhum dos julgados trazidos pelo recorrente para o confronto, razão pela qual não seria possível conhecer do recurso extraordinário interposto.

Após a prolação de todos os votos dos Ministros da Corte Suprema, o Ministro Moreira Alves teve que reconsiderar o seu voto de não conhecimento do recurso extraordinário, ocasião em que entendeu que deveria ser concedido à Maria Helena a meação do aumento patrimonial, proporcional ao período da efetiva contribuição, e o valor da meação não poderia ser superior ao valor estipulado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sob pena de haver *reformatio in peius*.

1.1.10 O Voto do Ministro Djaci Falcão

Baseado no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, já elencado nesta pesquisa, o Ministro Djaci Falcão entendeu que a contribuição de Maria Helena através do seu trabalho como estagiária no escritório de advocacia não demonstra a existência de sociedade de fato, a desencadear a partilha do patrimônio[227].

Na esteira do entendimento exarado nos outros votos, o Ministro também se baseou no fato de que a recorrida parou de trabalhar em março de 1969, com o nascimento do filho, e de que não tinha clientes pessoais, para asseverar a inexistência de contribuição financeira para a formação do patrimônio de Paulo.

Não teria restado demonstrado, no acórdão recorrido, que houve efetiva contribuição de Maria Helena, *a concubina*, para o aumento do patrimônio, razão pela qual o Ministro concordou com o voto do Ministro Célio Borja e dos demais Ministros que também concordaram com ele, para dar provimento ao recurso extraordinário em sua totalidade.

---

[227] O Ministro se baseou no Recurso Extraordinário nº 92.083, julgado em 1981, no qual foi Relator. Na ocasião, foi sedimentado o entendimento de que para se reconhecer a qualidade de sócia e concubina não basta apenas a existência do concubinato, sendo necessário a comprovação da sociedade de fato, da contribuição da concubina para a formação do patrimônio comum. No entanto, foi concedido indenização à recorrente pelos serviços domésticos prestados.

Ao final do julgamento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, decidiram por conhecer do recurso e dar-lhe provimento em parte, nos termos do voto do Ministro Sydney Sanches.

1.2 Recurso Extraordinário nº 161.320/Rio de Janeiro – O caso de Teresa de Jesus Morais Barroso

O Recurso Extraordinário nº 161.320 foi julgado em 25 de agosto de 1998 e publicado no Diário de Justiça de 04.12.1998, pela Primeira Turma. Teve como Relator o Ministro Moreira Alves. O processo teve como partes Teresa de Jesus Morais Barroso (Recorrente) e Sérgio Gurgel Lamothe (Recorrido).

1.2.1 Síntese fática do caso

Antecipa-se, desde já, que o Recurso Extraordinário em análise não foi conhecido. No entanto, as razões do não conhecimento do instrumento recursal são importantes para análise do objeto desta pesquisa.

Teresa de Jesus Morais Barroso e Sérgio Gurgel Lamothe tiveram uma relação afetiva por 13 (treze) anos. A relação iniciou-se e findou-se antes da promulgação da Carta Magna de 1988.

Diante do considerável período que viveram juntos e do término da relação, por meio de ação judicial, Teresa Barroso pleiteou o reconhecimento de sua relação como sociedade de fato, para fins de dissolução e partilha dos bens do casal adquiridos na constância da relação. O seu ex-companheiro, Sérgio Gurgel Lamothe, alegou, em sede de contestação, que Teresa Barroso em nada contribuiu financeiramente para a compra dos patrimônios.

Em sede de primeiro grau, deu-se procedência ao pedido, determinando então o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a partilha de bens adquiridos durante o *concubinato*, em partes iguais. Ao que tudo indica, o fato de a Teresa Barroso ter executado tarefas domésticas nos bens comprados, foi motivo autorizador da partilha de bens.

Sérgio Lamothe, mediante apelação ao segundo grau de justiça, repudiou o entendimento da sentença. Na ocasião, refutou a existência de uma sociedade de fato, que se revelaria pelo fornecimento de numerário ou execução de trabalho pela concubina.

Alegou o apelante também que, em razão de a relação de concubinato ter se iniciado e finalizado antes do advento da Constituição da República em vigor, as disposições desta não se

aplicariam à hipótese e, de qualquer forma, o §3º do art. 226 da Carta Magna de 1988 não equipararia a união estável, entre o homem e a mulher, ao casamento.

Em sede de segundo grau, mediante acórdão, pontuou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que era fato incontroverso que ambos os indivíduos viviam sob o mesmo teto, cabalmente comprovado por meio de testemunhas. A grande questão do acórdão era se a relação poderia ser enquadrada como sociedade de fato, que se inseria no direito das obrigações.

Os julgados da época, em grande parte, pautavam-se na Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, publicada em 1964.O reconhecimento de uma sociedade de fato, que não era, em si mesma, considerada uma união estável, era necessária para a autorização da partilha dos bens adquiridos durante a relação entre os indivíduos.

Em sede de segundo grau, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mesmo ante as provas testemunhais que comprovavam moradia sob o mesmo teto, não reconheceu a sociedade de fato dos interessados.

O juízo de segundo grau entendeu que a ex-companheira não comprovou que efetivamente colaborou financeiramente para a aquisição dos bens adquiridos durante a união. Ponderou que, embora estivesse empregada desde 1974, *tinha salário insuficiente para manter-se e ajudar o companheiro a adquirir o patrimônio*. Asseverou também que não bastava apenas a ajuda com as atividades doméstica para se configurar a sociedade de fato e, portanto, autorizar a partilha de bens.

O acórdão se pautou na jurisprudência da época, a qual regulamentava que a realização de atividades domésticas não era, por si só, autorizadora da partilha dos bens. Esse serviço autorizava, tão apenas, *uma remuneração.*

A partilha de bens, ante a não caracterização da sociedade de fato, não foi autorizada pelo juízo de segundo grau. Conforme trecho transcrito no acórdão do Recurso Extraordinário, o acórdão de segundo grau ficou assim ementado: “Concubinato. Não comprovada a participação financeira na aquisição do patrimônio, por parte da concubina, inexiste a sociedade de fato” (BRASIL, 1998, p. 542).

Após todo um transcorrer processual, foi interposto Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

1.2.2 Razões do voto

Estavam presentes na sessão os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Além dos Ministros, fez também parte da sessão o Subprocurador-Geral da República, Miguel Frauzino Pereira.

O Ministro Relator Moreira Alves, em seu voto, acatado pelos demais Ministros da Corte Suprema, entendeu ser correto o acórdão recorrido ao ponderar que o art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988 não se aplicaria ao caso, em razão de o concubinato ter se iniciado e finalizado antes da promulgação da Carta Magna de 1988.

Na ocasião, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os dispositivos constitucionais, exceto se expressamente determinarem que as suas normas alcançam os fatos consumados no passado, só se aplicam para o futuro. O art. 226 da Constituição não poderia ser aplicado, portanto, em razão de o concubinato ter terminado antes da promulgação do regimento constitucional. Ponderou o Relator que o dispositivo criou um instituto novo – qual seja a união estável *entre o homem e a mulher* como entidade familiar – e não estendeu o reconhecimento aos concubinos já findos.

Por tudo isso e por unanimidade dos votos, o recurso não foi conhecido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

1.3 Recurso Extraordinário nº 158.700/Rio de Janeiro – O caso de Alzureina Monteiro Martins

O Recurso Extraordinário nº 158.700 foi julgado em 30 de outubro de 2001 (publicado no Diário de Justiça de 22 de fevereiro de 2002), pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Teve como Relator o Ministro Néri da Silveira. Na sessão estavam presentes os Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Os Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso não puderam se fazer presentes, de maneira justificada.

O Recurso Extraordinário foi interposto pela Sra. Alzureina Monteiro Martins em face do espólio de Ruy Ferreira Neves, representado pela sua esposa e por seus herdeiros necessários.

Esclarece-se, novamente, que o Recurso Extraordinário não foi conhecido pelo Supremo Tribunal, por unanimidade. No entanto, assim como o Recurso Extraordinário nº 161.320, as razões do não prosseguimento são importantes para o objeto de análise da presente pesquisa.

1.3.1 Síntese fática do caso

Do que consta no acórdão que negou conhecimento ao Recurso Extraordinário, Alzureina Martins manteve uma relação afetiva com Ruy Neves por mais de 30 (trinta) anos, habitando com ele, em tese, em um apartamento, em Jacarepaguá, interior do Rio de Janeiro.

Ocorre que Ruy Neves era casado com outra pessoa, a senhora Odete Neves, tendo com ela dois filhos.

Após 30 (trinta) anos de relação, Ruy Neves faleceu, motivo pelo qual Alzureina Martins ingressou com uma ação judicial, perante a justiça do Rio de Janeiro para o reconhecimento de sociedade de fato, com meação de bens, contra o espólio do *de cujus*.

Em sede de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu a sociedade de fato formada por Alzureina e Ruy e, por conseguinte, extinguiu-a, com a respectiva meação de bens.

Os herdeiros necessários e a esposa do requerido, interpuseram recurso ao segundo grau de jurisdição, mediante apelação. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a decisão, julgando a ação improcedente. Na ocasião, entendeu que Alzureina não colaborou para a formação do vultuoso patrimônio de Ruy Neves. Em seu julgado, para negar a partilha de bens adquiridos na constância da união à requerente, o Tribunal de Justiça alegou que Alzureina era aposentada pelo Instituto da Previdência Social, e que ela "sempre foi pobre", não podendo, portanto, ter contribuído na compra de nenhum bem de Ruy Neves. Essa tese foi, inclusive, inserida na ementa do acórdão recorrido. Vejamos:

> EMENTA: Sociedade de fato. Concubinato. Homem casado que jamais abandonou a família e teve vida amorosa paralela fora do lar, parecendo aos vizinhos como se casado fosse.
> A companheira, sempre pobre, acabou aposentando-se por velhice pelo Instituto da Previdência Social e nesta ação valeu-se do benefício da justiça gratuita.
> Não colaborou a companheira para a formação do vultoso patrimônio amealhado pelo amásio, já falecido. Não se aplica a Súmula do egrégio Supremo Tribunal Federal ou o art. 226 da Constituição Federal.
> Provimento da apelação para julgar improcedente a ação (BRASIL, 2001, p. 437).

Ao julgar o recurso interposto, como se percebe da ementa mencionada, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também negou a aplicação da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal.

Ao não reconhecer a aplicação do art. 226 ao caso concreto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou reconhecimento familiar à relação vivida entre Alzureina e Ruy Neves.

Em sede de Recurso Extraordinário, sustentou a recorrente ofensa ao art. 226, §3º da Constituição Federal. Sustentou também estar comprovado que os bens foram adquiridos na constância da união do casal. A defesa alegou que não se poderia negar, compulsando os autos,

que a relação dos envolvidos se caracterizava como união estável. A relação durou mais de trinta anos, sendo indiscutível, para a requerente, a dedicação ao seu companheiro.

Na ocasião do Recurso Extraordinário, a defesa fez o uso da doutrina de José de Aguiar Dias, na obra *Responsabilidade Civil*, nestes termos: "não somos por um direito apegado a preconceitos. Reconhecemos o direito da concubina à indenização pela morte do amante e não cremos, de nenhum modo, advogar critério ilícito ou imoral. Quando a lei ordena" (DIAS apud BRASIL, 2001, p. 438).

1.3.2 Razões do voto

Após citar boa parte do julgado de segundo grau no acórdão, o Ministro Relator Néri da Silveira pontuou que houve uma *simples menção* ao art. 226 da Constituição Federal no acórdão proveniente da apelação. Ressaltou que se reconheceu, no julgado, a existência de *concubinato* entre a recorrente e o falecido Ruy Neves e que a construção do grande patrimônio do *de cujus* não foi formado com a ajuda da requerente, que era *tão apenas aposentada como professora e pelo Instituto Nacional de Previdência Social.*

Em todo o acórdão de não conhecimento de Recurso Extraordinário, consta a menção à situação financeira e social da requerente. Essa menção aparece como forma de corroborar o argumento de que a *concubina* não tinha condições de contribuir financeiramente para a formação do patrimônio do seu ex-companheiro.

O recurso interposto não foi analisado em virtude da incidência da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, o qual regulamenta que "para simples reexame de prova, não cabe recurso extraordinário" (BRASIL, 1963).

Apesar de não analisar de maneira profunda o mérito do recurso, o Supremo Tribunal Federal fez uma análise do art. 226 da Constituição Federal, inaplicável ao caso para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Ao analisar o dispositivo constitucional, ponderou o Supremo Tribunal Federal que os §§1º e 2º do art. 226 da Constituição demonstram a ênfase emprestada pelo constituinte ao casamento. Para demonstrar a importância do casamento para a nossa Constituição Federal, citou a doutrina de Ives Gandra Martins, constante na obra *Comentários à Constituição do Brasil de 1988*, nestes termos:

> O certo é que, consagrando o direito pátrio a família como base da sociedade e sendo a família fundamental constituída pelo casamento – por excelência o caminho natural para a sua constituição -, é de se compreender que o Estado propicie sua celebração de forma gratuita, como meio de estimulá-lo (MARTINS, 1988, p. 941, apud BRASIL, 2001, p. 6).

A partir da citação colacionada no voto, o Relator pretendeu demonstrar a importância do casamento monogâmico no sistema jurídico brasileiro. A Constituição Federal, ao dispor sobre a gratuidade do casamento, segundo o Ministro Relator, valoriza e incentiva a formação da família mediante o casamento monogâmico.

A Corte também se manifestou em relação ao §3º do art. 226, da Constituição Federal, o qual regulamenta que é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, devendo o Estado facilitar a sua conversão em casamento. Quando mencionou o dispositivo da união estável, citou novamente a doutrina de Ives Gandra Martins:

> à família não constituída pelo casamento, mas pela união estável de um homem e de uma mulher, considerando tal união uma entidade familiar (...), mas estimula a conversão dessa união em casamento. Protege, portanto, a entidade familiar, mas deseja que essa entidade de transforme em casamento, razão pela qual o aparelho do Estado deve facilitar a conversão da união estável em casamento (MARTINS, 1988, p. 949, apud BRASIL, 2001, p. 6-7).

A doutrina colacionada pelo Supremo Tribunal Federal, realiza, mesmo que de maneira implícita, uma hierarquização entre os institutos da união estável e do casamento, isto é, a união estável está protegida pelo Estado, mas este deseja a sua conversão em casamento.

A aplicação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, não foi terminalmente negada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual apenas ressaltou que não se poderia extrair a comunhão/divisão de bens do dispositivo. No entanto, ressaltou a existência e aplicação da Súmula nº 380, a qual admite a existência de sociedade de fato, ante a existência de concubinato. Em relação a esta Súmula, o Supremo Tribunal Federal citou doutrina que reafirma a necessidade de se ter esforço comum do casal para a partilha de bens.

Ao final, como mencionado, o Recurso Extraordinário não foi conhecido, em unanimidade, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal.

1.4 Recurso Extraordinário nº 397.762/Bahia – O caso de Joana da Paixão Luz

O Recurso Extraordinário nº 397.762 – Bahia, foi interposto pelo Estado da Bahia, através de sua Procuradoria-Geral do Estado, em desfavor de Joana da Paixão Luz. O instrumento recursal tramitou na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e teve como Relator o Ministro Marco Aurélio. O Recurso foi julgado em 3 de junho de 2008 e publicado no Diário da Justiça de 12 de setembro de 2008.

Ante a riqueza do julgado, transcreve-se a ementa do Recurso Extraordinário:

> COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.
> UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato.
> PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se improprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina (BRASIL, 2008).

O acórdão teve por objeto de investigação a possibilidade de se reconhecer o status de "união estável" à união afetiva paralela a um casamento formalmente constituído. Neste, o Supremo Tribunal Federal fez uma verdadeira distinção entre dois vocábulos jurídicos: *companheira* e c*oncubina*. A distinção de vocábulos implica não só em títulos diferenciados, mas também em situações jurídicas distintas, isto é, desde a ementa do acórdão, resta claro que o Supremo Tribunal Federal decidiu que há uma diferença de tratamento jurídico entre a pessoa caracterizada como *companheira* e a pessoa caracterizada como *concubina.*

Para a Suprema Corte, em razão de o Direito se apresentar como uma verdadeira ciência, não se pode confundir institutos, expressões e vocábulos, justamente porque estes implicam em situações diferenciadas, a depender do termo jurídico utilizado. Confundir estes institutos pode, nas palavras do Supremo Tribunal, desencadear a *babel.*

Babel, palavra de origem bíblica, é justamente a denominação da Babilônia, antiga cidade pertencente à região da Baixa Mesopotâmia.

Segundo o livro de Gênesis, deslocando-se em direção ao oriente, *os homens* descobriram uma planície na terra de Sinar e povoaram-na. Após, o povo teria decidido construir uma cidade com uma torre altíssima, que chegasse até céus. O povo acreditava que, dessa maneira, seriam honrados e jamais seriam dispersos da face da terra.

Conforme consta no livro bíblico de Gênesis (Gn 11), Deus desceu para ver a cidade e a torre que estavam levantando. Ao deparar-se com a imensidão da construção, Deus entendeu que não haveria limites para aquele povo para tudo o que ousassem fazer. Para tanto, fez com que o idioma dos construtores se diferenciasse, de forma que um não entenderia o outro. A torre então, que tinha a intenção de alcançar o céu, foi erguida com defeitos e não prosperou.

A partir desses preceitos bíblicos, de acordo com o Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa da Michaelis (2023), o termo *babel*, está relacionado à noção de confusão de línguas, grande algazarra, desorganização e desordem.

Confundir os termos "companheira" e "concubina" para o Tribunal, desencadearia, portanto, a algazarra e a desordem da sociedade.

Para além de utilização de termos bíblicos na ementa, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a proteção do Estado alcança tão apenas as uniões estáveis *legítimas*, das quais o *concubinato* não se insere.

A ementa também deixa claro que a *concubina*, palavra que aparece em quase todos os parágrafos da ementa, junto com a expressão *concubinato*, não é protegida pelo Estado de Direito. O recebimento da pensão por morte de servidor público, para o Supremo Tribunal Federal, pressupõe vínculo *legítimo*, protegido pelo ordenamento jurídico. Em sua visão, seria, portanto, *imprópria* a divisão da pensão para beneficiar a concubina *em detrimento da família.*

1.4.1 Síntese fática do caso

Valdemar do Amor Divino Santos conheceu Joana da Paixão Luz. À época em que conheceu Joana da Paixão, Valdemar do Amor Divino Santos era casado. Com Joana da Paixão, o falecido teve uma relação de 37 (trinta e sete) anos, dela surgindo numerosa prole: 9 (nove) filhos, ao todo. Com a sua esposa, Valdemar do Amor teve 11 (onze) filhos.

Na época de sua morte, Valdemar do Amor Divino Santos mantinha as duas relações afetivas, isto é: uma com a sua esposa, com quem teve 11 (onze) filhos e a outra com Joana da Paixão, com quem viveu 37 (trinta e sete) anos, e com a qual teve 9 (nove) filhos.

Ante ao extenso tempo de relação e a existência de filhos provenientes dela, Joana da Paixão Luz ingressou com ação judicial visando o rateio da pensão com a esposa do *de cujus.*

Em primeiro grau, a interessada, companheira de Valdemar do Amor, não teve sua pretensão acolhida, razão pela qual recorreu ao Tribunal de Justiça da Bahia, mediante apelação.

Conforme ementa do acórdão juntada no relatório do recurso extraordinário em análise, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia entendeu, com fundamento no art. 226, §1º da Constituição Federal, que a companheira tinha direito à pensão. Na ocasião, o Tribunal reconheceu a união estável entre Valdemar do Amor e Joana da Paixão, ainda que se tratasse de união paralela a um casamento em vigor.

Segundo relato dos fatos feito no próprio acórdão do recurso em análise, o Tribunal de Justiça da Bahia reconheceu a estabilidade, a publicidade e a continuidade da vida dupla do falecido. Na ocasião, sustentou que não se poderia desconhecer esses fatos ante a existência do casamento e da prole deste resultante. Ponderou que a monogamia não é requisito para a caracterização da união estável. Ante a existência prolongada de duas relações, a Previdência deveria amparar ambas, constituindo-se um dever do Estado.

Do acórdão que reconheceu a união estável, recorreu a Procuradoria-Geral do Estado da Bahia ao Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do presente recurso extraordinário que ganhou a numeração 397.762.

Por meio deste instrumento recursal, o Estado da Bahia articulou a fundamentação com a ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal, que teria regulamentado a união estável. Argumentou que a união estável não poderia ser reconhecida no caso concreto ante o fato de o falecido ter permanecido casado, vivendo com a esposa até a sua morte. Sustentou que a união estável "apenas ampara aqueles conviventes que se encontram livres de qualquer impedimento que torne inviável possível casamento" (BRASIL, 2008, p. 613). Na ocasião, o Estado da Bahia também sustentou que seria contraditório que o mesmo Estado que pune as relações bígamas (consideradas ilícitas), proteja os seus autores.

Ao analisar o recurso extraordinário interposto, a Procuradoria-Geral da República sustentou o não conhecimento do recurso, em razão do acórdão recorrido se conformar com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

1.4.2 O Voto do Ministro Relator Marco Aurélio

Logo no início do seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio negou a recomendação da Procuradoria-Geral da República de não prosseguimento do recurso. Ponderou que o recurso não foi dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, mas ao Supremo Tribunal Federal. Ressaltou o Relator que, na Suprema Corte, até o ano de 2008, data de julgamento do recurso, não havia precedente que respaldasse o teor do acórdão impugnado mediante o recurso extraordinário, merecendo a questão do concubinato, portanto, um posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, como demonstrado ao longo deste capítulo, até o ano de 2008, há apenas um acórdão enfrentando a questão de mérito do concubinato e da monogamia. De 1988 até 2008, com exceção de um, todos os recursos manejados para o Supremo Tribunal Federal, envolvendo a temática, ou não foram conhecidos ou não enfrentaram a questão diretamente.

O Supremo Tribunal Federal analisou a questão, pós promulgação da Carta Magna de 1988, de maneira muito inicial e não aprofundada, quando da análise dos Embargos no Recurso Extraordinário nº 109.091/SP e quando da negativa de seguimento aos recursos. Sobre esse fato, ressaltou o Ministro Marco Aurélio:

> Friso que a premissa do Ministério Público, preconizando a negativa de seguimento ao extraordinário, considerando o artigo 557 do Código de Processo Civil, não vinga. Está-se não no Superior Tribunal de Justiça, mas no Supremo Tribunal Federal e neste não há precedente que respalde o teor do acórdão impugnado mediante extraordinário. Ao contrário, o tema versado nas razoes do extraordinário e constante do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia está a merecer pronunciamento desta Suprema Corte, porquanto ligado à união estável, por vezes, em visão distorcida, potencializada a ponto de suplantar o próprio casamento e os vínculos deste decorrentes (BRASIL, 2008, p. 3).

Ao fazer breve síntese do acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia, alvo do recurso extraordinário em análise, pontuou o Ministro Relator que, a partir de um viés *leigo*, não mereceria crítica o raciocínio desenvolvido pela Corte Baiana. Contudo, pontuou que, sob o viés jurídico, surgem óbices à manutenção do julgado, a partir de uma interpretação constitucional.

Concordou o Ministro Relator com o Tribunal de Justiça da Bahia, na parte em que assentou que a monogamia não é um pressuposto para o reconhecimento da união estável. No entanto, ponderou que embora não seja obrigatória, ela é *aconselhável, objetivando a paz entre o casal* (BRASIL, 2018).

Considerou que o instituto da união estável, protegido pela Constituição Federal, pressupõe uma personificação de maneira harmônica com todo o resto da Carta Magna, pois o art. 226 da Constituição de 1988, teria por objetivo "maior" a proteção do casamento. Assim sendo, asseverou que o reconhecimento constitucional da união estável pressupõe a possibilidade de sua conversão em casamento e, para que haja casamento, os indivíduos envolvidos na relação afetiva não poderão estar casados. "O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, direciona à inexistência de obstáculo a este último" (BRASIL, 2008, p. 5).

A menção ao art. 226 da Constituição e sua relação com o casamento, serviu de fundamento jurídico para o Ministro Relator reconhecer a relação de Valdemar do Amor e Joana da Paixão à margem do direito, isto é, fora do seu âmbito de proteção. Para fundamentar seu entendimento, o Ministro Relator ainda citou o art. 240 do Código Penal, que tipificava o adultério à época dos fatos envolvendo os interessados. Quando do julgamento do Recurso Extraordinário, o artigo já estava revogado há mais de 3 (três) anos.

O Relator do caso ponderou ainda, com fundamento no Código Civil de 2002, que, de fato, a união estável é protegida pelo ordenamento jurídico. No entanto, essa proteção se encerra ante a existência de impedimento para o casamento envolvendo os integrantes da relação, "sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato" (BRASIL, 2008, p. 6).

Reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a esposa do *de cujus* fazia parte da sua *família oficial,* merecendo esta, portanto, a proteção do ordenamento jurídico. Mesmo ante o extenso lapso temporal de convivência entre Valdemar do Amor e Joana da Paixão e a numerosa prole do casal, reconheceu que a relação não surte efeitos jurídicos ante a sua *ilegitimidade,* frente à existência de prévio casamento.

> A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a mulher. Percebe-se que houve um envolvimento forte – de Valdemar do Amor Divino dos Santos e Joana da Paixão Luz -, projetado no tempo – 37 anos - , dele surgindo prole numerosa – nove filhos -, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de haver sido mantido o casamento com quem Valdemar contraíra núpcias e tivera onze filhos (BRASIL, 2008, p. 6).

A relação de amor entre Valdemar do Amor e Joana da Paixão, a qual, ressalta-se, durou mais de 37 (trinta e sete) anos e resultou em 9 (nove) filhos, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como *simples* concubinato, nos moldes do art. 1.727 do Código Civil, que regulamenta o instituto do concubinato, nestes termos:

> Abandonem a tentação de implementar o que poderia ser tida como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no art. 1.727 do Código Civil:
> Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato (BRASIL, 2008, p. 7).

Ao reconhecer a relação de Valdemar do Amor e Joana da Paixão como uma relação de *simples* concubinato, o Ministro Relator fez uma diferenciação entre o concubinato e a união estável. Pontuou que o concubinato não se iguala à união estável, protegida pelo texto constitucional, justamente porque pode ser convertida em casamento. O concubinato, por sua vez, gera, "quando muito", apenas a sociedade de fato (BRASIL, 2008, p. 7).

Ao final de seu voto, o Ministro Relator reconheceu como infringido pelo Tribunal de Justiça da Bahia o §3º do art. 226 da Constituição Federal, razão pela qual deu provimento ao recurso para restabelecer o entendimento exarado pelo juízo de primeiro grau em sede de sentença.

Pontua-se que o Ministro Relator, ao proferir seu voto, o qual teve aderência da maioria dos Ministros da Corte, não citou nenhum julgado anterior e, muito menos, qualquer doutrina que tratasse da situação. Foram citados apenas dispositivos da Carta Magna de 1988, do Código Civil e do Código Penal, ainda que revogado quando do julgamento do caso.

Conforme o extrato de ata juntado no inteiro teor do acórdão, após o voto do Ministro Marco Aurélio, conhecendo o recurso e lhe dando provimento, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Ayres Britto.

1.4.3 O Voto vista do Ministro Carlos Ayres Britto

O Ministro Carlos Ayres Britto, após fazer um resumo das razões de voto do Relator Marco Aurélio, asseverou que a Constituição Federal tem um capítulo específico sobre os seguintes temas: família, criança, adolescente e idoso. Estes capítulos possuem, nas palavras do Ministro, um fio condutor, pois tratam de suas respectivas temáticas de maneira *protetiva.* Como forma de alcançar os seus objetivos, esses dispositivos operariam de maneira interligada e entrelaçada. "Cada um dos assuntos a ter no outro um necessário referencial, de sorte a se ter uma planilha conceitual de vasos comunicantes" (BRASIL, 2008, p. 3). Esses institutos só ganham sua inteira plenitude se forem, de maneira relacionada, prestigiados. Os casos envolvendo a família, portanto, precisariam ser analisados com o máximo de congruência e unidade em relação ao tema envolvendo a criança, ao adolescente e ao idoso.

Nas palavras do Ministro Ayres Britto, uma outra razão contribui para que se faça uma interpretação rigorosamente conjugada dos quatro temas: eles ainda são positivados em outras passagens esparsadas da Constituição. Eles seriam positivados com o mesmo e assumido propósito de receber tratamento favorecido (BRASIL, 2008).

A Constituição, ao tratar dessas temáticas, abordá-las-iam de maneira automatizada em um capítulo próprio ou de maneira esparsa, ao longo de todo o texto constitucional. Segundo o entendimento de Ayres Britto, todos esses temas são tratados sob a cláusula constitucional de proteção, sendo de rigor metodológico constitucional a interpretação interligada de todos esses institutos jurídicos.

Segundo o Ministro, a interpretação constitucional interligada parte do art. 226 da Constituição Federal, que regulamenta o instituto da família, de maneira protetiva. A partir da interpretação do dispositivo, entendeu que o conceito de família abordado é versado numa acepção que lhe parece nitidamente binária.

A primeira acepção apresentada pelo ministro relacionou-se com a noção de que a família, enquanto "entidade" (mencionada pelo art. 226, §3º), é uma instituição que se estrutura de maneira fática e jurídica para atuar como uma ideia-força. "Locomotiva social, na medida em que voltada para a formação de personalidades individuais que se destinam a uma vida

relacional ainda mais ampla, porque desenvolvida no seio de toda a sociedade humana" (BRASIL, 2008, p. 6)".

A segunda acepção relacionou-se com o viés do conceito de família associado ao espaço mais próximo, e da mais íntima e afetiva, convivência humana. "Vale dizer, a família como ambiente de proteção física e aconchego amoroso, a se revelar como a primeira das comunidades humanas. O necessário e particularizado pedaço de chão no mundo" (BRASIL, 2008, p. 6).

A partir dos preceitos constitucionais presentes no art. 226 da Constituição, se questiona Ayres Britto: "qual o sentido do fraseado 'união estável', ali no peregrino texto da Lei Republicana? Convivência duradoura do homem e da mulher, expressiva de uma identidade de propósitos afetivo-ético-espirituais que resiste às intempéries do humor e da vida?" (BRASIL, 2008, p. 7).

Para Ayres Britto, a união estável, enquanto instituto familiar, se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. A união estável é o que resta dessas duas instituições familiares, constituindo-se em uma terceira via: "o *tertium genus* do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto" (BRASIL, 2008, p. 9).

É a partir do conceito de união estável que, para Ayres Britto, a Constituição trata dos conceitos de *cônjuge* e *companheiro*, no art. 201, inciso V. "Companheiro", na situação do artigo, é quem mantinha com o falecido assegurado uma relação íntima doméstica de estabilidade. Na visão do Ministro, não haveria concubinas para a Constituição Federal, mas sim indivíduos em situação de companheirismo. Na ocasião do seu voto, ressaltou que a palavra *concubinato* é carregada de aspectos discriminatórios. Reconhecer o concubinato em um aspecto constitucional implicaria também na discriminação dos eventuais filhos do casal, que seriam, nas palavras do Ministro "filhos concubinários". Vejamos o quanto asseverado a esse respeito:

> Daí ela própria, Constituição, falar explicitamente de "cônjuge ou companheiro" no inciso V do seu art. 201, a propósito do direito a pensão por porte de segurado da previdência social geral. "Companheiro" como situação jurídico-ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade ("união estável"). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituoso, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso país, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulado de "filhos concubinários". Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer

> designações discriminatórias relativas à filiação (§6º do art. 227, negritos à parte) (BRASIL, 2008, p. 9).

Segundo o Ministro Ayres Britto, não importa para o direito a maneira como a família se formou. O conceito de família envolve muito mais a concreta disposição do casal para construir um lar com intenção de permanência, "pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a-dois*" (BRASIL, 2008, p. 10).

Argumentou o Ministro que ao Direito não seria dada a prerrogativa de sentir ciúmes pela parte traída. O ordenamento jurídico, em se tratando de família, só poderia intervir com objetivo protetivo e não de censura. Ante ao brilhantismo, transcreve-se, novamente, parte do voto do Ministro:

> Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a-dois*. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração "é terra que ninguém nunca pisou". Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censora ou qualquer modo embaraçante (BRASIL, 2008, p. 10).

Prossegue o voto do Ministro, em defesa à companheira, citando o antigo Capítulo nº VII, título VIII da Constituição Federal, o qual regulamentava a família, a criança, o adolescente e o idoso. O art. 227 da Constituição Federal dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para Ayres Britto, se teria um conceito unitário de família utilizado pela Constituição Federal de 1988, isto é, os direitos da criança, do adolescente e do jovem não cessariam pelo fato de seus pais serem impedidos de contrair matrimônio. A obrigação de ambos permanece de maneira igual.

Nas palavras do Ministro, se o casal não tem como se eximir dessas obrigações e deveres com os filhos, resta claro que a família por eles constituída também se reveste da especial proteção, tratada pelo art. 226 da Constituição Federal.

Em sua visão, vivenciamos uma nova quadra histórica, um período na história em que a Constituição valoriza a liberdade amorosa e, como consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa ocasião, o Ministro fez uma diferenciação entre a Constituição de

1967/1969 com a Constituição de 1988. Aquela apenas contemplava o casamento como única forma legítima de fundação de família. Para demonstrar a abrangência da Carta Magna de 1988, o Ministro citou, em nota de rodapé, o art. 241 da Lei Federal nº 8.112/1990, caput vigente em sua redação original até hoje, o qual considera como da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual. A Lei Federal equipara, ao cônjuge, a companheira ou companheiro que comprove união estável como entidade familiar (BRASIL, 2008).

Finalizou o seu voto no sentido de que o acórdão recorrido estava amparado na estabilidade da relação entre o companheiro falecido e a companheira recorrente. Na ocasião, ponderou Ayres Britto que a relação entre ambos era uma relação amorosa, que resultou filiação e fez da companheira uma dependente econômica do seu companheiro, atraindo, de forma inevitável, a incidência do art. 226 da Constituição Federal, razão pelo qual concluiu pelo improvimento do recurso interposto.

1.4.4 Novo pedido de manifestação do Ministro Relator e as intervenções de Ayres Britto

Após o excepcional voto de Ayres Britto, o Ministro Relator Marco Aurélio solicitou novamente vista dos autos ante a passagem do tempo após o seu voto.

Após revisitar todo o seu posicionamento, Marco Aurélio ressaltou a distinção feita entre os vocábulos jurídicos *companheiro* e *concubina*, com base no art. 1.727, do Código Civil, o qual, como já dito, regulamenta que as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. Na ocasião, pontuou o Relator que há um tratamento específico para essa situação.

Após o enfoque dado ao Código Civil pelo Relator Marco Aurélio, Ayres Britto fez uma intervenção, ressaltando que, se ele – Marco Aurélio - se louva no Código Civil, ele - Ayres Britto - se baseia na Constituição.

Como resposta, o Ministro Relator destacou que não poderia admitir que a relação gerasse direitos, já que na época, existia crime.

Ayres Britto, após citar o curioso nome dos interessados, pontuou que a companheira viúva, Joana da Paixão, certamente experimentou o mesmo sentimento de viuvez que a esposa viúva. Pontuou que o desfalque econômico sentido pela companheira viúva deveria ser também o mesmo desfalque econômico sentido pela esposa viúva.

1.4.5 O Voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, concluiu, de início, que a grande questão que estava sob análise era, justamente, a interpretação do art. 226, §3º da Constituição Federal, especificamente em relação ao alcance da expressão "união estável" como entidade familiar.

Carlos Alberto Menezes Direito elogiou a sistemática do voto de Ayres Britto, que buscou encontrar na Constituição uma interpretação sistemática. Contudo, pontuou que não acreditava ser o caso desse enquadramento, por três razões.

Em primeiro lugar, pontuou que a Constituição Federal foi muito clara ao determinar que a proteção do Estado fosse concedida quando configurada a união estável, tanto que facilitou a sua conversão legal em matrimônio. Entendeu o Ministro que a Constituição quis aplicar o Direito de Família para essas situações.

Em segundo lugar, quando a Constituição teria concedido proteção para essas entidades familiares, ela também teria concedido a proteção na seara do Direito de Família e, consequentemente, quis aplicar os princípios do Direito positivo infraconstitucional para disciplinar a matéria relativa a essa nova entidade familiar.

Em terceiro lugar, prossegue o Ministro: "é que se isso é assim, e ao meu sentir, diversamente do que pensa o eminente ministro Carlos Ayres, é assim, nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar 'união estável' a uma situação de fato convivendo com uma união matrimonial reconhecida e mantida" (BRASIL, 2008, p. 3).

Ao finalizar as suas três rasas razões, sem qualquer fundamento jurisprudencial ou doutrinário, Marco Aurélio fez uma nova intervenção, sustentando que a relação, à época, era ilegítima, vez que se configurava crime.

O Ministro Ayres Britto fez uma nova intervenção: "Mas configurava crime, excelência, porque, à época, só o casamento civil era constitutivo de entidade familiar. Agora, não, não é só o casamento civil. É por isso que era crime" (BRASIL, 2008, p. 3). Nesse ponto, externou dúvidas o Relator Marco Aurélio.

Prosseguiu o Ministro Menezes Direito pontuando que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como uma entidade valorizada pelo amor e que, por isso, mereceria a proteção do Estado. Para o Ministro, a proteção só poderia ser concedida se a entidade não fosse constituída de maneira paralela a uma união matrimonial já existente.

A partir do seu entendimento, em nenhum ângulo seria possível reconhecer a existência de uma união estável ao lado de um casamento em curso, justamente porque essa concomitância seria *absolutamente* vedada pelo direito positivo brasileiro. O direito positivo

infraconstitucional, ao regulamentar o instituto do concubinato, determinou os balizamentos pelos quais seria possível se reconhecer uma união estável.

Finalizou o seu raciocínio pontuando que uma interpretação ampliada da situação, concedendo, portanto, direitos à união paralela, seria contrariar os comandos constitucionais, na medida em que a Constituição, ao regulamentar a união estável como uma nova entidade familiar, determinou a facilitação de sua conversão em casamento.

Ayres Britto, nesse ponto, fez uma nova intervenção, alegando que essa conversão deveria ser feita quando possível.

Novamente se posicionou o Ministro Menezes Direito afirmando que a Constituição não disse exatamente isso.

Nos moldes da Constituição, para Menezes Direito, se já existia um casamento em curso, seria impossível transformar uma união estável em um novo casamento, razão pela qual haveria uma contradição absoluta com a Constituição que impediria o reconhecimento da pensão em meação à companheira do *de cujus.*

Ao final, o Ministro Menezes Direito acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio, para conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, restabelecendo os efeitos da sentença monocrática.

1.4.6 O debate entre os Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Menezes Direito

O Ministro Ayres Britto voltou a rebater a questão, partindo da teoria de Konrad Hesse, em sua obra *A Força Normativa da* Constituição, prefaciado pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual sustenta que não é possível se interpretar a Constituição distante da realidade.

O Ministro Relator Marco Aurélio pontuou “mas há limites, Excelência” (BRASIL, 2008, p. 1), e prosseguiu sustentando que o nosso ordenamento jurídico não é pautado em costumes.

Ayres Britto voltou a rebater: “Não, mas quando o nosso Direito dá as costas à realidade, a realidade se vinga e dá as costas ao Direito. A realidade é essa. Há relações familiares” (BRASIL, 2008, p. 1).

Após sofrer uma intervenção do Ministro Menezes Direito, Ayres Britto pediu, novamente, a licença da palavra para dar ênfase ao amor. Nas palavras do Ministro, o amor é quem fala mais alto na realidade e é corriqueira a constituição de famílias à margem do casamento, sem qualquer formalização. Voltou a sustentar que, para a Constituição, não haveria concubinato, mas sim um núcleo doméstico, uma comunidade que deve ser objeto de proteção.

Para fundamentar o seu posicionamento, valeu-se do regulamento constitucional da previdência social, justamente quando a Constituição menciona o pagamento de pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro.

Após fundamentar o seu voto no sentido de que a Constituição não regulamentou o que é o concubinato, pois teria instituído apenas os preceitos *cônjuge* e *companheiro*, o Relator Marco Aurélio fez uma nova intervenção, destacando a distinção entre os institutos de *companheiro* e *companheira* e *concubino* e *concubina*.

O Ministro Ayres Britto voltou a afirmar, de maneira simples e direta, que para a Constituição não existe concubina.

O Ministro Relator, por sua vez, não enfrentou a afirmação e prosseguiu seu raciocínio no sentido de que, em Direito, essas expressões e institutos possuem sentido próprio.

Após intervenção de Menezes Direito, o Relator Marco Aurélio voltou a se posicionar: "E daqui a pouco valerá mais a pena ter uma relação gerando concubinato do que casamento" (BRASIL, 2008, p. 4).

O Ministro Menezes Direito fez novamente uma intervenção, desta vez questionando o Ministro Ayres Britto: "Quer dizer, Vossa Excelência admitira que uma pessoa poderia ter várias famílias concomitantes; cinco, seis famílias concomitantemente?" (BRASIL, 2008, p. 4).

Em resposta, Ayres Brito respondeu de maneira afirmativa, e que isso só diz respeito aos indivíduos e aos seus núcleos domésticos. Igualou a pluralidade familiar à "preferência sexual", não sendo cabível ao Supremo Tribunal Federal, portanto, questionar. "O modo pelo qual as pessoas são felizes, esse modo não nos diz respeito, absolutamente" (BRASIL, 2008, p. 4).

1.4.7 O Voto da Ministra Cármen Lúcia e as intervenções dos Ministros Ayres Britto, Menezes Direito e Marco Aurélio

Ao iniciar seu voto, a Ministra Cármen Lúcia ressaltou a importância do tema, pois toca no núcleo da sociedade. Desde o início, a Ministra já deixou claro que iria seguir o voto do Ministro Relator.

Primeiramente, sustentou que o §3º do art. 226, da Constituição Federal, abarca, de maneira exclusiva, uniões dotadas de certo equilíbrio e que a presença de outras uniões, paralelas, instabilizaria a união estável.

A Ministra ressaltou a vigência do crime de adultério à época dos fatos, o qual teria sido revogado, no momento da prolação do voto. No entanto, ressaltou a vigência dos arts. 235 e

236 do Código Penal, os quais regulamentam, ainda hoje, a bigamia e a participação para a bigamia.

Considerando a vigência dos artigos que criminalizam a bigamia e a participação para a bigamia, a Ministra Cármen Lúcia se pautou em um critério infraconstitucional para determinar o "querer" da Constituição. Vejamos: "Então, se isso permanece, inclusive a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento" (BRASIL, 2008, p. 2).

Pautado nos critérios regulamentadores do Direito Penal, a Ministra concluiu que a Constituição quer preservar a família. Fazendo menção a parte do voto do Ministro Ayres Britto, exatamente no ponto em que cita Guimarães Rosa, Cármen Lúcia, com base na teoria de Karl Loewenstein, sustenta que o Direito existe para que o homem domine três forças: a fé, o poder e o amor. Segundo a Ministra, o Direito não pode proibir-nos de nos apaixonarmos por alguém, "agora, o Direito pode proibir-me, sim, de praticar determinadas condutas, se estiver casada e se forem elas contrárias ao Direito" (BRASIL, 2008, p. 2).

O Ministro Ayres Britto voltou a ressaltar um ponto levantado pela Ministra Cármen Lúcia para ressaltar a característica fundamental da união estável: a estabilidade.

Em nova intervenção, a Ministra Cármen Lúcia asseverou que não há estabilização em relações plurais.

A estabilidade da relação paralela, que durou mais de trinta anos, foi usada como resposta pelo Ministro Ayres Britto.

Para a Ministra Cármen Lúcia, a estabilidade não é temporal e a segunda relação "incestabiliza" a primeira união.

Ayres Britto tentou retomar, com fôlego, o cerne da questão: a existência de duas relações, ambas estáveis.

A Ministra Cármen Lúcia questionou o ponto de vista do Ministro.

Em seguida, o Ministro Relator questionou o Ministro Ayres Britto se as duas relações estão, para ele, no mesmo plano. Ao responder positivamente, questionou novamente o Ministro Marco Aurélio se "a mulher propriamente dita" (referindo-se à esposa) e a concubina estão no mesmo plano. Ayres Britto rebateu o termo misógino utilizado pelo Ministro Relator, quem, para justificar, esclareceu que não estava insinuando que o interessado Valdemar do Amor teve um caso com um "traveco". Ante ao diálogo extremamente segregador e transfóbico, transcreve-se em partes:

> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – E Vossa Excelência coloca as duas no mesmo plano?
> O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Coloco no mesmo plano.
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – A mulher propriamente dita e a concubina?
> O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Não há mulher propriamente dita, Excelência.
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Há, Excelência, pelas núpcias, porque a Constituição preconiza a proteção do Estado à união estável, inclusive estimulando-a ao casamento.
> O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Ambas são mulheres. Na matemática do amor, como dizia.
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Mulher a que me refiro não é gênero, Excelência. Eu me referi à mulher casada.
> A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – À esposa.
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Não é gênero. Claro que não apontei que o Divino Amor teria tido um caso espúrio, um caso com traveco! (BRASIL, 2008, p. 4-5).

Continuou defendendo Ayres Britto que o Direito não pode simplesmente dar as costas para a realidade. Ambas as interessadas, a esposa e a companheira (termo utilizado pelo Ministro) sofreram o mesmo sentimento de perda, de viuvez, de falta do seu parceiro de vida. A companheira – Joana da Paixão – viveu mais de trinta anos com o interessado Valdemar do Amor, não podendo o nosso sistema jurídico negar essa realidade.

Novamente, o Ministro Marco Aurélio interveio no sentido de que a *concubina* se beneficiaria da própria torpeza e a mulher que teve o marido dividido durante todo o casamento ainda teria que dividir a pensão.

Ante a preciosidade do debate instalado entre os Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto, transcreve-se novamente parte dele:

> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Ela se beneficiaria, Excelência. Vou chegar ao extremo. Ela se beneficiaria da própria torpeza e a mulher que teve o marido dividido agora dividiria a pensão.
> O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Não houve torpeza. No amor, não há torpeza, Excelência.
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Há sim, sob o ângulo legal. Vossa Excelência potencializa o amor, não é? Se nós abandonarmos o campo jurídico constitucional para decidir a partir do amor, o critério de plantão é que norteará os pronunciamentos do Tribunal. Mas esta Corte é responsável pela guarda da Constituição Federal, pela guarda de princípios caros à vida gregária (BRASIL, 2008, p. 6).

A Ministra Cármen Lúcia manteve o seu voto, acompanhando o Ministro Relator. Pontuou, novamente, que a estabilidade contida no dispositivo constitucional não é uma questão de tempo, mas de formalização. Para a Ministra, a estabilidade só pode ser visualizada quando a união estável, nos moldes da Constituição e da legislação infraconstitucional, puder ser transformada em casamento.

1.4.8 O Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski iniciou suas considerações asseverando que há muito tempo, a doutrina e a jurisprudência realizam uma clara diferenciação entre os institutos do concubinato e da união estável.

Conceituou o concubinato sob uma perspectiva etimológica, relacionada à expressão *cum cubere*, a qual significa dormir juntos, uma comunhão de leitos, nas palavras do Ministro. Já a união estável, conceitua-se como uma relação marcada pelo companheirismo, comunhão de vida, pela parceria.

Nesse aspecto, abre-se um parêntesis: apesar de citar a doutrina e a jurisprudência para fazer a diferenciação entre os dois institutos, o Ministro sequer citou qualquer doutrinador ou número de um precedente. O início do voto pautou-se na doutrina e na jurisprudência de maneira totalmente genérica. O Ministro sequer esclareceu se a jurisprudência utilizada para embasamento seria posteriores à Carta Magna de 1988 e se as doutrinas se pautavam nos novos preceitos constitucionais.

Há, tão apenas, a menção de que a doutrina e a jurisprudência que fez a diferenciação entre os institutos da união estável e do concubinato foram agasalhadas pela Constituição de 1988. O Ministro Ricardo Lewandowski também não demonstrou como esse aporte doutrinário e jurisprudencial se compatibilizou com a Constituição. Apenas ponderou que a interpretação do artigo 226, *caput*, deveria ser feita com fundamento nessa "evolução doutrinária e jurisprudencial".

Baseado no julgamento que haviam acabado de fazer, envolvendo embriões, o Ministro pontuou que a união estável seria uma espécie de embrião do futuro casamento, uma fase inicial, que teria, portanto, um início, meio e fim. Esse entendimento foi sedimentado com base no comando constitucional que regulamenta a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Para tanto, foi citada pelo Ministro a Lei Federal nº 9.278, de 10 de maio de 1996, a qual regulamenta o §3º da Constituição Federal. Para o Ministro, o Código Civil de 2002, ao realizar a distinção entre concubinato e união estável, traduziu a vontade do constituinte.

Ressaltou que o instituto do concubinato está definido no art. 1.727 do Código Civil e a união estável no art. 1.723. Seguindo a linha da Lei nº 9.278, de 1996, o Código Civil privilegiaria, nas palavras dele, o caráter da publicidade à união estável.

Segundo o Ministro, a publicidade é essencial para a caracterização da união estável. Essa essencialidade, característica da união estável, foi utilizada pelo Ministro para negar reconhecimento à união paralela – mantida pelo Valdemar do Amor e Joana da Paixão. Em sua visão, essa relação era marcada de clandestinidade: "Quer-me parecer, eminente Ministro Carlos Ayres Britto, que quem mantém duas famílias, uma legal e outra na clandestinidade, certamente não estará dando publicidade a essa segunda família" (BRASIL, 2008, p. 3).

Após não ter apoio de nenhum dos Ministros, Ayres Britto voltou a questionar a relação do conceito de concubinato, apresentada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, com o caso concreto, pois a mera definição de "dormir juntos" do concubinato não se enquadraria à relação mantida entre Valdemar do Amor e Joana da Paixão, tendo em vista que a relação durou mais de trinta anos. Quanto à questão da clandestinidade, rebateu o Ministro Ayres Britto ao asseverar que seria impossível manter uma relação por mais de trinta anos em segredo, na clandestinidade. Ante ao extenso lapso temporal, a união seria claramente pública e notória.

Ao final, o Ministro Ricardo Lewandowski seguiu o Ministro Relator Marco Aurélio, para dar provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Estado da Bahia.

Por maioria dos votos, a Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Apenas o Ministro Ayres Britto foi vencido.

1.5 Recurso Extraordinário nº 590.779/Espírito Santo – O caso de Irani Luiza da Costa

O Recurso Extraordinário nº 590.779 foi julgado em 10 de fevereiro de 2009 (publicado no Diário de Justiça nº 59, de 27 de março de 2009), pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

O Relator do caso foi, novamente, o Ministro Marco Aurélio. Sem qualquer registro de segredo de justiça, teve como recorrente Cecília Nitz, como recorrida Irani Luiza da Costa e como parte interessada o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O julgado teve ementa idêntica ao Recurso Extraordinário nº 397.762 – BA. Desde o início, a ementa demonstrou que a pretensão do julgado era, de fato, analisar a distinção entre os vocábulos jurídicos *companheira* e *concubina*. De igual maneira, introduziu a expressão bíblica *babel* para indicar que, confundir esses dois institutos, provocaria uma algazarra na sociedade e no direito.

O caso em análise envolveu três pessoas: Ricardo Nitz, Cecília Nitz e Irani Luiza da Costa.

Ricardo Nitz casou-se com Cecília Nitz, com quem teve filhos. Após algum tempo, conheceu Irani Luiza da Costa, com quem manteve uma relação de mais de 30 (trinta) anos, paralelamente ao casamento, e dela advindo uma filha. Em data não mencionada no acórdão do recurso extraordinário, Ricardo Nitz faleceu, nos braços de sua esposa.

Ante ao extenso lapso temporal da relação mantida com Ricardo, Irani Luiza da Costa ingressou com ação judicial visando receber pensão por morte do seu companheiro.

1.5.1 Síntese fática do caso

Como mencionado, após a morte de Ricardo Nitz, Irani Luiza da Costa ingressou com ação judicial visando o recebimento de pensão pela morte do seu companheiro de mais de 30 (trinta) anos.

Em primeiro grau, a justiça do Espírito Santo julgou improcedente o pedido da autora, por não visualizar, no caso, a caracterização de uma união estável, mas sim de concubinato impuro, por se tratar de uma relação mantida com uma pessoa casada, não separada de fato.

Inconformada, Irani Luiza da Costa apresentou recurso para o Juizado Especial Federal de Vitória, pretendendo a anulação da sentença para que fosse concedido o pedido de pensão por morte solicitado em sede de petição inicial.

A Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Vitória acolheu o pedido formulado pela recorrente e reconheceu que as relações decorrentes do concubinato impuro podem gerar direitos e obrigações, desde que acompanhadas de circunstâncias especiais reconhecidas em juízo.

Para o juízo de segundo grau, não havia dúvidas de que a relação entre Irani Luiza e Ricardo Nitz estava revestida de familiaridade, de convívio e de trato diário, reconhecendo a relação como uma verdadeira entidade familiar, que se desenvolveu ao longo de 34 (trinta e quatro) anos.

No caso, o juízo não reconheceu a existência de união estável, mas de concubinato impuro. No entanto, inferiu que o concubinato, mesmo impuro, geraria efeitos no âmbito previdenciário.

O segundo grau conheceu e concedeu provimento ao recurso, reformando a sentença para julgar procedente o pedido formulado pela autora Irani Luiza.

Inconformada, a esposa viúva Cecília Nitz interpôs recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal. Mediante este meio recursal, a recorrente sustentou violação ao art. 226, §3º da Constituição Federal.

A recorrida Irani Luiza, apresentou contrarrazões, sustentando não ter sido demonstrada a ofensa ao art. 226, §3º da Constituição Federal.

1.5.2 O Voto do Ministro Relator Marco Aurélio

De início, ponderou o Ministro Relator que o tema em análise já foi objeto da Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 397.762-BA. Ponderou também que o objeto de análise está interligado ao instituto da união estável, instituto jurídico analisado em visões distorcidas, potencializado de modo a superar o próprio casamento e os vínculos dele decorrentes.

O Ministro Relator iniciou seu voto retomando as razões de decidir do juízo *a quo*, que reconheceu a estabilidade, a publicidade, a continuidade da vida dupla e, por conseguinte, o rateio da pensão entre a esposa viúva e a concubina.

Da mesma maneira como fez na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 397.762-BA, o Ministro Marco Aurélio asseverou que, do ponto de vista leigo, não mereceria críticas o raciocínio desenvolvido pelo tribunal *a quo*. Entretanto, o julgamento do caso encontraria óbices à manutenção do decidido ante aos preceitos da Constituição Federal.

Asseverou o Ministro Relator que a união estável é protegida pelo art. 226 da Constituição Federal, mas tem-se como o objetivo maior a proteção do casamento. Reiterou que "o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar pressupõe possibilidade de conversão em casamento" (BRASIL, 2009, p. 1063). Ante a impossibilidade da relação entre Ricardo e Irani Luiza se transformar em casamento, já que se formou e se precedeu de maneira paralela a um casamento pré-existente, reconheceu que a relação se fez à margem do ordenamento jurídico constitucional.

Para fundamentar a sua censura, também se valeu do art. 240 do Código Penal, que se encontrava em vigor quando do deslinde dos fatos, o qual tipificava como crime o adultério.

Em consonância com o entendimento exarado no Recurso Extraordinário nº 397.762, entendeu que a relação não poderia receber proteção do Estado, vez que entra em conflito com o Direito posto, pois o Código Civil de 2002, em sua visão, excepciona a proteção do estado à união estável quando existente impedimento para o casamento. O óbice jurídico apenas deixaria de ser verificado ante a existência de separação de fato. Para o Ministro, a regra do Código Civil de 2002 foi concebida dentro dos parâmetros constitucionais.

Em sua fundamentação, chama-se atenção para o fato de que o Ministro Relator considerou que Ricardo Nitz era *chefe de família*, estando na chefia da *família oficial*, vivendo

com *a mulher*, antes de falecer. Ante ao envolvimento e a chefia da "família oficial", entendeu o Ministro Marco Aurélio que a relação com Irani Luiza, apesar de forte, não poderia produzir qualquer efeito jurídico, ante a sua ilegitimidade.

> A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a mulher. Percebe-se que houve um envolvimento forte – de Ricardo Nitz e Irani Luiza da Costa -, projetado no tempo – mais de 30 anos -, dele surgindo uma filha, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, por haver sido mantido o casamento com quem Ricardo contraíra núpcias e tivera filhos (BRASIL, 2009, p. 1064).

Assim como no caso de Valdemar do Amor e Joana da Paixão, entendeu o Ministro Relator que não se tratava de união estável no caso, mas de *simples* concubinato, nos termos do regulamentado pelo art. 1.727 do Código Civil. Ao caracterizar a relação como simples concubinato, ressaltou o Ministro Relator que o concubinato não se iguala à união estável, o qual gera, tão apenas e em determinados casos, a sociedade de fato.

Ao final, o Ministro Relator reconheceu como violado o art. 226, §3º da Constituição, razão pela qual conheceu o recurso e lhe deu provimento para o restabelecimento da sentença prolatada em sede de primeiro grau.

1.5.3 O Voto do Ministro Menezes Direito

O Ministro Menezes Direito iniciou seu voto revisitando os fatos do caso. Compreendeu que Ricardo Nitz mantinha duas relações concomitantes e que, na época da sua morte, ainda estava casado com Cecília Nitz.

Nesse momento, o Ministro Relator fez uma intervenção, asseverando que o *de cujus* faleceu nos braços "da mulher", a sua esposa.

O fato de Ricardo Nitz ter morrido em casa, com a sua esposa, foi fundamental para o Ministro Menezes Direito negar provimento ao recurso. Na ocasião, citou, de maneira completamente genérica, ter vários precedentes do Superior Tribunal de Justiça e vários trabalhos escritos nesse sentido. Para o Ministro "não há união estável quando existe duplicidade" (BRASIL, 2009, p. 1066).

Ao final, o Ministro Menezes Direito acompanhou o voto do Ministro Relator, considerando ser impossível o reconhecimento da união estável entre Ricardo Nitz e Irani Luiza.

1.5.4 O Voto da Ministra Cármen Lúcia e as intervenções dos Ministros Marco Aurélio e Menezes Direito

Em seu curto voto, a Ministra Cármen Lúcia acompanhou, desde início, o Ministro Relator pelo fato de não existir estabilidade na relação. Para a Ministra, se há outra mulher, não há como se caracterizar a estabilidade na relação afetiva. “Outra mulher é sempre um fator de instabilidade” (BRASIL, 2009, p. 1068).

O Ministro Relator Marco Aurélio posicionou-se afirmando que seria “impiedoso” dividir a pensão com a concubina, pois a esposa já teve que dividir o marido.

O Ministro Menezes Direito concordou com o Ministro Marco Aurélio reconhecendo que seria um absurdo se reconhecer múltiplas uniões estáveis.

1.5.5 O Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Em seu voto de um parágrafo, o Ministro fez alusão ao julgamento do caso anterior, envolvendo Valdemar do Amor e Joana da Paixão. Sequer analisou as peculiaridades do caso em análise. Assentou que, se fossem várias as concubinas e a tese de divisão de pensão por morte fosse aceita, haveria uma pulverização da pensão, o que seria, em suas palavras, absolutamente inaceitável.

Ao final, deu provimento ao recurso extraordinário interposto.

1.5.6 O Voto do Ministro Carlos Ayres Britto

O Ministro Ayres Britto fez, de início, menção ao supracitado recurso extraordinário que havia sido analisado pela Turma. Nessa ocasião, pontuou que discordou do Ministro Relator, entendendo pelo reconhecimento da união estável.

Novamente, o Ministro foi voto vencido. Asseverou que, se há uma relação doméstica estabilizada no tempo, como no caso em análise que perdurou mais de 30 (trinta) anos, seria dever do Estado amparar essa relação, lhe concedendo proteção de entidade familiar. Os filhos provenientes da relação merecerão proteção do Estado, sendo pertinente, portanto, que a família, de maneira geral, também receba essa proteção. Para o Ministro, o núcleo familiar, da maneira como ele se apresenta, merece toda a proteção do Estado, pouco importando como a relação familiar se formou.

Para o Ministro, o art. 226, §3º da Constituição Federal apresenta dois enunciados normativos. O primeiro deles é a primeira parte do dispositivo, que regulamenta que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (BRASIL, 1988). O segundo núcleo é a parte em que regulamenta “devendo

a lei facilitar sua conversão em casamento" (BRASIL, 1988). Para o Ministro, a Constituição abre uma *possibilidade* de conversão da união estável em casamento, ou seja, se ela for, de fato possível, se não houver impedimentos para o casamento.

Ao final, por maioria dos votos, a Primeira Turma conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário interposto, nos termos do voto do Ministro Relator. Apenas o Ministro Carlos Ayres Britto votou de maneira divergente e foi, como mencionado, vencido.

Estiveram presentes na sessão o Ministro Relator Marco Aurélio, os Ministros Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Esteve também presente o Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto.

1.6 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 558.588/Rio Grande do Sul – O caso de Consuelo Veiga

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 558.588 – Rio Grande do Sul foi interposto por Consuelo Veiga em desfavor de Zilda Montenegro Sanhudo e outros. Foi julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de acórdão, em 16 de novembro de 2010, publicado no Diário de Justiça nº 233, de 02 de dezembro de 2010.

Logo de início, a ementa deixa claro que o acórdão analisou a questão da concessão de pensão por morte para pessoa categorizada como *concubina,* diante da existência de um casamento. Demonstra também que analisou questões envolvendo a separação de fato de um casal formado a partir do matrimônio. O Supremo Tribunal Federal, desde a ementa, expôs que já existia, ao tempo do julgamento, julgados sobre a temática. Após citar a Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema negou provimento ao recurso.

1.6.1 Síntese fática do caso e o voto do Ministro Relator

A partir do relato processual feito pelo Relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes, o acórdão recorrido fixou a premissa fática de que o *de cujus*, ao tempo da relação com Consuelo Veiga, era casado e não estava separado, ao menos de fato, da sua esposa.

O agravo regimental foi interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento nas Súmulas nº 279 e 283 do Supremo Tribunal Federal, as quais tratam de questões processuais.

A recorrente, no agravo regimental, argumentou que o acórdão recorrido é incoerente, pois existem provas no processo de que o *de cujus* havia se separado de fato de sua esposa. Para tanto, junta novos documentos e provas ao processo.

O Relator Gilmar Mendes, ao analisar o caso, logo ponderou que a revisão de provas e fatos é vedada em sede de recurso extraordinário, conforme a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, o Ministro Relator colacionou o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte sobre a impossibilidade de divisão de pensão de servidor público entre a viúva e a *concubina*. Para tanto, citou o Recurso Extraordinário nº 590.779, já analisado anteriormente, publicado no Diário de Justiça no ano de 2009.

Além do Recurso Extraordinário nº 397.762, o Ministro Relator citou, ainda, o seguinte acórdão, proferido no âmbito do Supremo Tribunal Federal: Mandado de Segurança nº 21.449, que teve como Relator o Ministro Octávio Galloti, publicado em 1995.

Para além do mencionado acórdão, o Ministro Relator citou as seguintes decisões monocráticas proferidas no âmbito da Suprema Corte: Mandado de Segurança nº 27.871, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, publicado no ano de 2009, e Recurso Extraordinário nº 412.858, relatado pelo Ministro Eros Grau, publicado no ano de 2005.

Após citar os precedentes, o Ministro Gilmar Mendes negou provimento ao agravo regimental. A decisão foi unânime entre os ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Relator.

No inteiro teor do acórdão foi colacionado tão apenas o voto do Ministro Relator.

Estiveram presentes os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. O Subprocurador-Geral da República também se fez presente na sessão.

Pontua-se que o acórdão do Mandado de Segurança nº 21.449, publicado em 1995, não foi anteriormente objeto de análise desta pesquisa justamente por não possuir, em sua ementa, em seus descritores e indexadores, os recortes metodológicos selecionados para esta pesquisa, demonstrados anteriormente. O mesmo raciocínio se aplica para as decisões monocráticas citadas, que não são objeto de análise primário desta pesquisa.

Ademais, ressalta-se que a decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário nº 412.858, relatado pelo Ministro Eros Graus, não foi disponibilizada no repositório institucional do Supremo Tribunal Federal (STF).

Contudo, ante a relevância dos precedentes para a fundamentação do acórdão em análise, analisar-se-á, nesse momento, os julgados citados pelo Ministro Gilmar Mendes.

1.6.2 Mandado de Segurança nº 21.449/São Paulo – O caso de Helena Zorzeto

A partir da ementa, infere-se que o acórdão analisou decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, que excluiu do benefício da pensão, companheira de servidor público casado. O acórdão teve por fundamento legal a Lei Federal nº 4.069, de 11 de junho de 1962. A ementa também deixa claro o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à posição hierárquica da união estável diante da presença do casamento. Desde a ementa, restou sedimentado o entendimento de que a união estável reside em plano inferior ao casamento.

O Mandado de Segurança nº 21.449 teve como Relator o Ministro Octavio Gallotti. O acórdão foi proferido, de maneira unânime, em 27 de setembro de 1995 e foi publicado em 17 de novembro de 1995. Teve como impetrante Helena Zorzeto, impetrado o Tribunal de Contas da União (TCU) e como litigante passivo Maria Thereza de Toledo Berriel. O recurso tramitou perante o Tribunal Pleno.

Helena Zorzeto teve com servidor civil federal uma relação afetiva, da qual tiveram filhos. À época da relação, o falecido era casado com Maria Thereza de Toledo Berriel. Percebe-se que, durante todo o acórdão, sequer é citada a palavra *concubina*. O Supremo Tribunal Federal refere-se à impetrante como *companheira* do falecido. A distinção entre os dois vocábulos só veio ser feita pelo Supremo Tribunal Federal anos depois, na ocasião da análise do Recurso Extraordinário nº 397.762 – Bahia.

Por ser o falecido servidor civil federal, após a sua morte foi concedida pensão à viúva, sua esposa, em concorrência com os filhos menores de idade do contribuinte. O servidor faleceu antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, em 3 de julho de 1982.

Após a concessão do ato pelo Tribunal de Contas da União, o processo retornou novamente ao Tribunal com novo ato concessório, expedido, segundo consta no relatório do acórdão, pela Delegacia do Ministério da Fazenda, a requerimento da companheira do servidor falecido, Helena Zorzeto, contemplando-a na divisão do benefício. Com a inclusão da companheira do falecido, a cota-parte da esposa viúva ficou, consequentemente, reduzida. Não bastasse a divisão, foi concedido o efeito retroativo para o pagamento da pensão à companheira a partir da data do óbito do servidor contribuinte.

A esposa viúva recorreu da decisão e o Tribunal de Contas da União deu provimento ao recurso, passando a considerar ilegal a alteração dos beneficiários que passou a contemplar a companheira.

Inconformada, a companheira Helena Zorzeto interpôs o mandado de segurança sob três principais argumentos: preclusão ou prescrição do direito da esposa viúva de questionar a concessão do benefício à companheira, a proteção decorrente do art. 226, §3º da Constituição Federal e preterição de faculdade de defesa, perante o Tribunal de Contas.

Como mencionado quando da apresentação da metodologia da análise jurisprudencial, questões processuais não são o foco direto desta pesquisa, razão pela qual os argumentos processuais utilizados não serão analisados.

O mérito da demanda envolveu a seguinte questão: a companheira possui ou não direito à partilha da pensão em concorrência com a esposa viúva e os filhos do servidor falecido? Isto é, ela poderá ser contemplada com o benefício da pensão por morte?

Para tanto, o Ministro Relator Octavio Gallotti fez o uso do art. 5º, §3º, da Lei Federal nº 4.069, de 11 de junho de 1962, o qual dispõe sobre os vencimentos dos servidores da união. O artigo regulamenta que o servidor civil, desquitado, solteiro ou viúvo poderá destinar pensão, se não tiver filhos capazes de receber o benefício, à pessoa que viva sob sua dependência econômica no mínimo há cinco anos, e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento.

Na ocasião, ponderou o Ministro Relator que não se deu, no caso em concreto, qualquer destinação à companheira. Além disso, pontuou que eventual destinação nem poderia ser feita, por não ser o contribuinte solteiro, viúvo, separado ou divorciado, mas sim casado.

Além de utilizar legislação de matéria previdenciária, o Ministro Relator ainda analisou o art. 226, §3º da Constituição Federal.

Após colacionar o dispositivo em seu voto, asseverou o Relator que o servidor contribuinte faleceu antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, razão pela qual não vislumbrou a possibilidade de desconstituição do registro da pensão sob o advento da norma ulterior ao fato gerador do benefício, ocorrida na vigência da Constituição anterior.

Ao analisar o art. 226, o Ministro Relator registrou que há uma nítida "gradação de valores entre as duas instituições: a união estável, de um lado, e o casamento, de outro, tanto que deve a lei, segundo a Constituição, facilitar a conversão do primeiro estado no segundo" (BRASIL, 1995, p. 5).

Por ser de valor inferior, o Ministro Relator entendeu que não seria lógico reconhecer o direito da companheira, que vivia uma união, ainda que estável, com o falecido, em desfavor da esposa viúva, que era casada com ele. Asseverou o Ministro que, mesmo sendo uma relação estável, não poderia ser reconhecido o direito da companheira em detrimento da esposa falecida.

Por todas essas razões de ordem material e outras processuais, o recurso foi indeferido.

No inteiro teor do acórdão disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal, além do voto do Relator, foi também transcrito o voto do Ministro Maurício Corrêa. Em seu curto voto, ponderou que a companheira não tem proteção do ordenamento jurídico brasileiro, pois não havia separação judicial entre a esposa viúva e o contribuinte falecido, razão pela qual também acompanhou o voto do Relator.

1.6.3 Mandado de Segurança nº 27.871/Mato Grosso do Sul – O caso de Maria do Carmo Moreira

O Mandado de Segurança nº 27.871 foi impetrado por Maria do Carmo Moreira contra acórdão proferido pela 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, que cessou o pagamento de sua pensão, por considerá-la em desconformidade com as normas de regência. A análise do pedido foi feita, em sede de decisão monocrática, pela Ministra Relatora Ellen Gracie.

Maria do Carmo Moreira declarou que teve uma relação afetiva por mais de 25 (vinte e cinco) anos com Olympio Rocha. O casal teve um filho. Em que pese o longo tempo de relação, Maria do Carmo Moreira e Olympio Rocha nunca se casaram, por ele já ser casado.

Em seu recurso, alegou a recorrente que Olympio Rocha, antes de falecer, era separado de fato, mas não juridicamente. Teoricamente, houve o reconhecimento da união estável entre ambos, reconhecimento este que desencadeou a divisão da pensão por morte entre a companheira e a viúva, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada.

Segundo relato dos fatos constante na decisão monocrática, o pagamento da pensão de forma rateada durou por mais de 10 (dez) anos até o falecimento da esposa de Olympio Rocha.

Em seu recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, Maria do Carmo Moreira sustentou que o Tribunal de Contas da União (TCU) não respeitou o disposto na Súmula Tribunal Federal de Recursos nº 159, a qual regulamentava ser legítima a divisão de pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.

A Impetrante sustentou, ainda, que o Código Civil de 2002, já vigente no momento da prolação da decisão, não faz diferença entre a união estável e o casamento, corroborando o entendimento de que tinha direito ao recebimento da pensão.

Maria do Carmo Moreira ainda se valeu dos regramentos estatutários previstos nos arts. 183, 215 e 217, inciso I, alínea c, da Lei Federal nº 8.112/1990, os quais regulamentavam a seguridade social do servidor público.

Logo de início, ponderou a Ministra Ellen Gracie não vislumbrar a possibilidade jurídica do pedido apresentado por Maria do Carmo Moreira. Na ocasião, asseverou que o recebimento

de pensão só é autorizado quando o falecido é casado ou quando tinha, ao tempo do falecimento, união estável. Em relação à união estável, entendeu a Ministra que o seu reconhecimento só poderá ser realizado quando ambos os indivíduos da relação estiverem desimpedidos para contrair matrimônio.

Se utilizando do entendimento proferido no Tribunal de Contas da União (TCU), ressaltou o Supremo Tribunal Federal (STF) que, para o reconhecimento da união estável, os companheiros deverão estar desimpedidos, sob pena de cometimento do crime de bigamia.

Para corroborar o entendimento exarado pela Corte de Contas, o Supremo citou o Recurso Extraordinário nº 397.762/BA, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, já analisado nesta pesquisa, o qual instituiu a distinção entre os vocábulos e institutos de companheira e concubina.

Após mencionar questões processuais, o mandado de segurança foi indeferido.

1.7 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 645.762/Rio Grande do Sul – O caso de Alda Fátima Hubner

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 645.762 – Rio Grande do Sul teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes. O recurso foi interposto por Alda Fátima Hubner em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O processo tramitou perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e foi analisado em 2 de agosto de 2011. O acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 19 de agosto de 2011.

1.7.1 Síntese fática do caso

O caso envolveu a concessão de pensão por morte. Pelo que consta da transcrição do agravo no acórdão, o julgador (não ficou expresso em qual instância foi prolatada a decisão) diferenciou os institutos jurídicos *companheira* e *concubina.* Após fazer a diferenciação entre os vocábulos e situações jurídicas, o juízo de origem desqualificou a parte Alda Fátima Hubner para fins de recebimento de pensão por morte, isso porque foi qualificada como *concubina.*

Não há no acórdão informações sobre o tempo de duração do relacionamento. Contudo, a recorrente sustentou que era dependente de Otaviano, falecido, que provia o sustento do lar.

1.7.2 O Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes

O Ministro Relator Gilmar Mendes entendeu que a decisão que desqualificou a recorrente do recebimento de pensão por morte estava coerente, razão pela qual as alegações da parte foram consideradas impertinentes, decorrendo, em suas palavras, de *mero* inconformismo com a decisão adotada pelo Tribunal.

No caso, o Ministro Relator colacionou em seu voto, parte da decisão do Tribunal de origem que reconheceu como concubinato a relação mantida entre Alda Fátima Hubner e Otávio. O Tribunal de origem entendeu que a interessada não comprovou que o falecido estava separado de fato da sua esposa, razão pela qual não reconheceu o instituto da união estável.

As provas juntadas ao processo originário indicavam que a relação entre Alda e Otávio não era pública e notória. Entendeu o Tribunal de origem que a relação era, de fato, extraconjugal, às escondidas, na medida em que a interessada não compareceu, por exemplo, no Instituto Médico Legal, no momento da morte de Otávio, e no velório.

Em contrapartida, a até então esposa do falecido, Maria, apresentou farto conjunto probatório de que permaneceu casada, sem separação de fato, com Otávio até o momento de sua morte.

O Ministro Relator recusou-se a analisar o mérito da questão, em virtude da proibição de reanálise de provas em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de não analisar o mérito da demanda, o Ministro Relator se baseou em alguns julgados similares ao caso em análise, são eles: RE 590.779, o qual teve como Relator o Ministro Marco Aurélio; RE 397.762, relatado também pelo Ministro Marco Aurélio; RE-AgrR 575.122, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; e RE-AgR 458.432, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Ao final, foi negado provimento do recurso.

Os Recursos Extraordinários de nº 590.779 e 397.763 já foram objeto de análise desta pesquisa.

Os julgados RE-AgR nº 575.122 e o RE-AgR 458.432 não foram objeto de análise anteriormente justamente por não possuírem, em seus indexadores, as palavras-chave utilizadas como método de pesquisa.

Por serem usados como fundamento do acórdão em análise, passa-se à análise dos julgados.

1.7.3 O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 575.122/São Paulo – O caso de Maria do Carmo Dantas

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 575.122 – São Paulo foi apresentado pela União em face de Maria do Carmo Dantas e teve como relator o Ministro Gilmar Mendes.

Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, em 14 de dezembro de 2010. O acórdão foi publicado no Diário de Justiça nº 25, de 08 de fevereiro de 2011.

A União apresentou o agravo regimental em face de decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto, com fundamento nas Súmulas n. 279 e 280 da Suprema Corte.

Conforme consta no relato dos fatos do acórdão em análise, a decisão agravada confirmou o entendimento consolidado pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região, a qual concedeu a divisão da pensão deixada por militar entre companheira e cônjuge. No caso, existiam nos autos indícios de que, embora não existisse separação judicial, o falecido estava separado de fato de sua esposa há mais de 30 (trinta) anos.

Em sede do agravo regimental, alegou a União que a decisão do Tribunal Regional Federal foi equivocada, contrariando, inclusive, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (STF) que não aprova a divisão de pensão por morte entre viúva e concubina.

Alegou também a União afronta ao art. 226, §3º da Constituição Federal, na medida em que o Tribunal Regional equiparou a concubina ao status de companheira. Pontuou que o concubinato não goza de proteção estatal, revelando-se em uma relação totalmente ilegítima, razão pela qual deveria ser rejeitado em prol da manutenção da instituição família.

Ao analisar as razões recursais, o Ministro Relator Gilmar Mendes entendeu que a União não demonstrou o equívoco da decisão agravada.

Para tanto, fundamentou seu entendimento no art. 226, §3º da Constituição Federal, o qual reconhece e confere proteção jurídica à união estável formada entre o homem e a mulher.

Para ressaltar a importância e proteção da união estável, citou ainda o art. 1.521, inciso VI do Código Civil o qual regulamenta que pessoas casadas não podem formar novo casamento, bem como o art. 1.723, §1º, o qual permite a formação da união estável, com reconhecimento jurídico, se a pessoa casada estiver separada de fato. Entendeu o Ministro que o caso se enquadrava, exatamente, na segunda situação, pois o falecido já se encontrava separado de fato de sua esposa, razão pela qual foi dado reconhecimento jurídico à união estável formada.

Para negar provimento ao recurso interposto pela União, o Ministro ainda se valeu dos ditames da Súmula n. 279, a qual proíbe o reexame de provas em sede de recurso extraordinário. Nesse ponto, relacionando questões processuais, o Relator ainda citou outros precedentes.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Relator, decidiu então negar provimento ao recurso.

Estavam presentes na sessão o Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Ayres Britto. Estavam ausentes, de maneira justificada, os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

1.7.4 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 458.432/Paraná – O caso de Soraia Portugal Monteiro

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário foi interposto por Paraná previdência em face de Soraia Portugal Monteiro. O Estado do Paraná também foi arrolado como parte interessada no processo. O relator do caso foi o Ministro Ricardo Lewandowski. O acórdão, que negou provimento ao recurso por decisão unânime, foi proferido em 1º de junho de 2010 e foi publicado no Diário da Justiça nº 145, de 08 de agosto de 2010.

O agravo regimental foi interposto em desfavor de decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto.

A agravante pleiteou que a decisão agrava deveria ser reformada, razão pela qual era necessário o processamento do recurso extraordinário.

Entendeu o Ministro Relator que a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário não mereceria reforma, pois a recorrente não apresentou novas alegações capazes de afastar o quanto decidido pela Corte Suprema.

Em seu voto, o Ministro revisitou o quanto decidido pelo Tribunal *a quo*, o qual não equiparou a união estável ao casamento, para fins de recebimento de pensão. Para tanto, foram citadas a Lei nº 9.278/96 e o Decreto nº 17.585/64. Pontuou o Ministro Relator que o art. 226, §3º não tem aplicação exclusiva, eis que necessita de análise conjunta com as normas infraconstitucionais.

Ao final, foi negado provimento ao agravo regimental com fundamento na Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

1.8 Recurso Extraordinário nº 669.465/Espírito Santo – O caso de Shirley Maria da Penha Bussular

A primeira repercussão geral reconhecida, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a temática de pensão por morte e concubinato, foi nos autos do Recurso Extraordinário nº 669.465 – Espírito Santo.

O recurso extraordinário foi interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) em desfavor de Shirley Maria da Penha Bussular. O processo tramitou perante o Plenário do Supremo Tribunal e teve como Relator o Ministro Luiz Fux.

A análise do processo com o consequente reconhecimento da repercussão geral foi feita em meados de março de 2012, conforme data constante no sistema de acompanhamento processual do Supremo Tribunal Federal, sendo publicada no Diário de Justiça apenas em 16 de outubro de 2012.

Apesar de a questão ter sido submetida ao plenário da Suprema Corte, os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia não se manifestaram.

1.8.1 Síntese fática do caso

A síntese dos fatos feita pelo Ministro Relator, indica que Shirley Maria da Penha Bussular teve uma relação afetiva íntima com um rapaz, cujo nome não foi mencionado no inteiro teor do acórdão, por mais de 20 (vinte) anos. A relação era pública e notória. Da relação adveio um filho. O indivíduo era formalmente casado, não existindo nos autos indícios de separação de fato.

Ante a morte do seu companheiro, Shirley Maria da Penha Bussular pleiteou o reconhecimento da sua união estável mantida com o falecido, bem como o rateio de pensão por morte deixada, no montante de 50% (cinquenta por cento) em relação à esposa viúva.

Em sede de primeiro grau, o juízo do Estado do Espírito Santo reconheceu como união estável a relação mantida entre Shirley Maria da Penha Bussular e o falecido. Desta relação, além do reconhecimento jurídico, foram também gerados efeitos previdenciários, pois se concedeu o rateio da pensão por morte em favor da requerente.

A Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Espírito Santo reconheceu que a relação era de “concubinato impuro de longa duração”. Atestou também estar demonstrado que a requerente era dependente economicamente do falecido. A sentença de primeiro grau, prolatada em favor da requerente, foi mantida. O acórdão prolatado pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado do Espírito Santo, que negou provimento ao Recurso nº 2006.50.50.006711-7/01, foi assim ementado:

> PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA – FILHO EM COMUM – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Do supracitado acórdão, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) interpôs recurso extraordinário dirigido à Suprema Corte.

Em suas razões recursais, o Instituto de Seguridade asseverou que o acórdão recorrido violou o art. 226, §3º, da Constituição Federal, pois não seria legítimo o reconhecimento de união estável entre a requerente o falecido, justamente pelo fato de este ser casado e ter vivido com a esposa até a morte. Pontuou o Instituto que se a união estável não deve ser reconhecida, também não deve ser reconhecido direitos previdenciários para relações decorrentes de *concubinato impuro.* Na visão da recorrente, a união estável apenas ampara os indivíduos que estão desimpedidos para o casamento.

O Instituto alegou ainda que o concubinato, visto no caso concreto, é um *relacionamento ilícito* formado por duas pessoas que estão impedidas de se casarem. Em razão deste impedimento, a concubina não teria qualquer direito ao percebimento da pensão em decorrência da morte do seu companheiro.

Nas anotações feitas pela Assessoria Jurídica do Supremo Tribunal Federal consta a informação de que o instituto apontou que o acórdão recorrido é contrário ao entendimento do Supremo Tribunal constante no Recurso Extraordinário nº 397.762-8-BA, também já analisado nesta pesquisa.

1.8.2 Mérito da demanda analisada pelo Ministro Relator

Em primeiro lugar, o Ministro Relator pontuou que não havia necessidade de reexame de provas no caso, pois já estava comprovado nos autos que o falecido viveu por mais de 20 (vinte) anos com a requerente, mesmo sendo casado. Pontuou também que é incontroverso o fato de que a relação mantida entre ambos era pública e notória.

A questão a ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal concentrou-se, justamente, no seguinte questionamento: é possível reconhecer direitos previdenciários à pessoa que, durante longo período e com aparência de entidade familiar, manteve relacionamento afetivo com pessoa casada?

Em sede de reconhecimento da repercussão geral, o Ministro entendeu que a demanda não envolvia matéria inédita na Suprema Corte. Para comprovar a sua conclusão, colacionou na análise os seguintes julgados: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 575.122, o

qual teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes (julgado em dezembro de 2010), e o Recurso Extraordinário nº 590.779, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (julgado em março de 2009). A distinção entre os institutos jurídicos *companheira* e *concubina* reapareceu neste acórdão de reconhecimento de repercussão geral. Ambos os julgados já foram objeto de análise desta pesquisa, razão pela qual não serão, novamente, analisados. Apenas ressalta-se a menção destes julgados justamente para demonstrar qual era o embasamento do Supremo Tribunal à época, mesmo após terem se passado alguns anos da prolação das decisões.

Após colacionar os julgados, entendeu o Ministro Luiz Fux que a matéria possui repercussão geral, apta a atingir inúmeros casos que advém do contexto social.

1.8.3 As considerações do Ministro Marco Aurélio

Após colacionar em sua análise apontamentos feitos pela Assessoria Jurídica do Supremo Tribunal Federal e o voto do Ministro Luiz Fux, o Ministro Marco Aurélio reconheceu que a temática envolvendo pensão e concubinato poderia se repetir em inúmeros processos dirigidos à Suprema Corte.

Mesmo que não fosse a finalidade da análise, na medida em que a proposta da Corte era tão apenas analisar a existência da repercussão geral, o Ministro Marco Aurélio logo pontuou que a decisão do tribunal *a quo* foi exarada em completa contrariedade ao que fora decidido no Recurso Extraordinário nº 397.762/BA, o qual, relembra-se, realizou a distinção entre os institutos *companheira* e *concubina*, sob pena de prevalecer a *babel.*

O Ministro Marco Aurélio também reconheceu a repercussão geral e, após, encaminhou o processo à assessoria para acompanhamento da tramitação do incidente processual.

1.8.4 O Trâmite processual que prejudicou a análise do Recurso Extraordinário

A descrição do trâmite processual é importante para entendermos o caminho processual percorrido pelas partes recorrentes na busca de seus direitos.

Após o protocolo do extraordinário em 19 de janeiro de 2012, foi exarada o acórdão que declarou a existência de repercussão geral no caso.

Um mês após o reconhecimento da repercussão geral ao caso, foi dado vistas do processo à Procuradoria Geral da República, a qual emitiu parecer conclusivo para o conhecimento e o provimento do recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Após, a União e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) requereram os seus ingressos como *amicus curiae,* o que foi deferido por meio de simples despacho exarado em maio de 2014 pelo Supremo Tribunal Federal.

Após solicitação, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e a Associação de Direitos de Famílias e das Sucessões – ADFAS, também ingressaram no processo na qualidade de *amicus curiae*.

Em maio de 2015, 3 (três) anos após a formalização da demanda, o Ministro Relator Luiz Fux constatou a presença de Pedido de Uniformização de Jurisprudência ainda pendente de julgamento no juízo *a quo*, razão pela qual ponderou ser inviável o julgamento do recurso extraordinário interposto, por não exaurimento das instâncias recursais ordinárias.

Em uma nova oportunidade, por questões processuais, portanto, o Supremo Tribunal Federal se eximiu da responsabilidade de analisar e julgar o caso.

Os autos do processo foram novamente encaminhados à Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Espírito Santo, para julgamento do recurso.

Em 21 de maio de 2015 foi lançada a informação de que o processo, que envolvia um julgamento de tema, foi substituído pelo processo envolvendo o Recurso Extraordinário nº 883.168, (julgado apenas em 2021), que ainda será objeto de análise desta pesquisa.

Apenas em fevereiro de 2020, mais de 8 (oito) anos de deslinde processual, o Supremo Tribunal Federal julgou prejudicado o Recurso Extraordinário nº 669.465 interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

O processo transitou em julgado em junho de 2020 e foi devolvido à Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Espírito Santo.

1.9 Mandado de Segurança nº 33.555/Distrito Federal – O caso de Maria Otacília Simões

O Mandado de Segurança nº 33.555 foi protocolado em 08 de abril de 2015 perante o Supremo Tribunal Federal. O recurso foi interposto por Maria Otacília Simões Alves com pedido de medida liminar, contra decisão do Presidente do Tribunal de Contas da União, que determinou a supressão do pagamento de pensão vitalícia à recorrente.

O Supremo Tribunal Federal primeiro analisou o pedido de liminar constante no instrumento recursal. A medida foi analisada pela Ministra Cármen Lúcia em decisão monocrática.

1.9.1 Síntese fática do caso

Maria Otacilia Simões Alves era casada com ex-servidor da Funai, o qual faleceu em 27 de julho de 1993.

Ao solicitar a pensão vitalícia, direito que lhe era pertencente, foi surpreendida com pedido de recebimento de pensão pela companheira do seu esposo, nomeada pela relatora como concubina.

Em março de 2015, Maria Otacilia Simões Alves foi comunicada de decisão do Tribunal de Contas da União que determinou a supressão da pensão paga em favor da requerente e da concubina.

Ao analisar a medida liminar apresentada pela esposa do falecido, a Ministra Cármen Lúcia entendeu que havia "plausibilidade no pedido da Impetrante em permanecer recebendo a pensão discutida, pela premissa adotada no ato impugnado, no sentido da prevalência da situação da viúva em relação à concubina" (BRASIL, 2015, p. 5).

Ao final, a Ministra Relatora deferiu a liminar pleiteada, sem prejuízo de reapreciação da matéria, tão apenas para suspender parte da decisão do Tribunal de Contas da União que determinou a supressão da pensão.

Após, a Advocacia-Geral da União foi intimada e foi concedido vista dos autos ao Procurador-Geral da República, nos termos do art. 12 da Lei nº 12.016/2009 e do art. 205 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A decisão monocrática foi publicada no Diário de Justiça nº 79, de 28 de abril de 2015.

A Procuradoria-Geral da República, em manifestação, assentou que a certidão de casamento juntada aos autos comprovava a existência de vínculo matrimonial estabelecido em 20 de outubro de 1951. A certidão de óbito também comprovava, segundo a Procuradoria, que a requerente era casada com o falecido na data do seu óbito.

Ante a existência de casamento, entendeu a Procuradoria da República que não se poderia condicionar o pagamento do benefício à impetrante à regularização do ato de pensão relativamente a outra beneficiária, no caso, a concubina.

Foi apresentado agravo regimental interposto tempestivamente pela União contra a liminar deferida.

O Subprocurador-Geral da República entendeu que a segurança deveria ser parcialmente provida, para se restaurar o pagamento do benefício em favor da impetrante.

Em 15 de junho de 2015 foi deferido o pedido de ingresso da União na ação e sua intimação para os atos processuais seguintes.

O mérito da causa foi distribuído para a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o qual teve como Relatora a Ministra Cármen Lúcia.

1.9.2 A análise do Mandado de Segurança

Desde logo, deixou claro a Ministra Relatora que o objeto da análise era, justamente, o ato que determinou a supressão no pagamento da pensão vitalícia instituída em favor da impetrante, Maria Otacilia, viúva do ex-servidor da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, falecido em 1993, com quem esteve casada desde 1951.

A Ministra Relatora asseverou que não há fundamento legal para o rateio da pensão vitalícia entre a viúva e a companheira, apresentando-se em uma verdadeira "impossibilidade jurídica" (BRASIL, 2015). Para tanto, a Ministra se valeu também do Recurso Extraordinário nº 397.762/BA, já analisado nesta pesquisa, o qual realizou e implementou a diferenciação entre os institutos jurídicos de *companheira* e *concubina*.

Em sua análise, a Ministra colacionou partes da decisão do Tribunal de Contas da União, que ponderou que os benefícios somente poderão ser concedidos a uma das beneficiárias: ou à viúva ou à companheira, cabendo ao órgão de origem, no caso a Fundação Nacional do Índio – FUNAI analisar a documentação apresentada pelas interessadas e avaliar quem faz jus ao recebimento da pensão.

Entendeu Cármen Lúcia que a negação da pensão vitalícia à Impetrante decorreu por erro do órgão administrativo de origem, que deixou de considerar que a existência de esposa é excludente de concessão de pensão à companheira.

A concessão, por si só, da pensão vitalícia à impetrante, nas palavras de Cármen Lúcia, também afastaria a oportunidade conferida pelo Tribunal de Contas da União de a pretensa concubina do instituidor da pensão fazer prova da condição de companheira. Vejamos:

> Nesses termos, a imposição do registro do ato de concessão de pensão vitalícia à Impetrante acabaria por afastar a oportunidade conferida pelo Tribunal de Contas da União de a pretensa concubina do instituidor da pensão fazer prova da condição de companheira, mitigando, com base em documentação idônea, a presunção de veracidade da sociedade conjugal constituída pela celebração do casamento, a justificar o registro da pensão com fundamento na al. *C* do inc. I do art. 217 da Lei n. 8.112/1990, na redação original, em detrimento da al. *a* do mesmo dispositivo (BRASIL, 2015, p. 3).

É a primeira vez, em 27 (vinte e sete) anos de atuação após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que o Supremo Tribunal Federal faz uma análise, ainda que muito tímida, em prol de resguardar os direitos da *concubina*. O casamento da Impetrante, no caso,

não foi considerado como prova cabal apta a desencadear o reconhecimento da pensão vitalícia ao seu favor.

Ao final, a Suprema Corte entendeu que foi correta a decisão do Tribunal de Contas da União que determinou a correção do ato que concedeu a pensão pelo órgão administrativo de origem – A Fundação Nacional do Índio -, tendo em vista a análise superficial do caso.

A Ministra também ponderou que a decisão do Tribunal de Contas da União foi, na verdade, inconclusiva sobre a situação da Maria Otacilia e da companheira envolvida, não havendo que se falar em lesão a direito subjetivo decorrente de relação fático-jurídico incontroversa.

O mandado de segurança interposto foi, então, denegado e a liminar anteriormente concedida foi cassada.

O único voto juntado ao inteiro teor do acórdão, além do da Ministra Relatora, foi o do Ministro Dias Toffoli, Presidente da Turma. Em um parágrafo, o Ministro citou o precedente Mandado de Segurança nº 32.250/DF, o qual se manifestou no mesmo sentido, e acompanhou o voto da Relatora.

Conforme o Extrato da Ata constante no inteiro teor do acórdão, a Turma denegou a ordem, por votação unanime, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando prejudicado o agravo regimental interposto, nos termos do voto da Ministra Relatora.

Esteve ausente na sessão o Ministro Gilmar Mendes.

O caso foi analisado em 06 de outubro de 2015 e foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 09 de novembro de 2015.

O processo transitou em julgado em dezembro de 2015.

1.10 Mandado de Segurança nº 33.008/Distrito Federal – O caso de Clarice da Cruz Mendes

O Mandado de Segurança nº 33.008 foi impetrado por Clarice da Cruz Mendes contra decisão exarada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) que negou registro da pensão por morte à Impetrante, concedida pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, em concorrência com a viúva do ex-servidor Élson da Costa Silva. Apesar de ter uma relação afetiva com Clarice, Élson Silva era casado formalmente, mas separado de fato. Essa situação, a separação de fato, foi largamente comprovada ao longo do processo administrativo que analisou a concessão de pensão à Impetrante.

O mandado de segurança foi distribuído para a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Roberto Barroso.

A Turma julgou o recurso em 03 de maio de 2016. O acórdão foi publicado em 11 de maio de 2016.

1.10.1 Síntese fática do caso

Clarice da Cruz Mendes teve uma relação afetiva com Élson da Costa Silva por mais de 9 (nove) anos. Élson Silva era servidor público da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Segundo trecho colecionado no parecer do Ministério Público, no plano fático, restou demonstrado no processo administrativo a existência de união estável. Antes de falecer, em novembro de 2001, o próprio servidor declarou que possuía uma relação estável com Clarice Mendes. Havia nos autos prova de que ambos residiam no mesmo endereço e de que a Impetrante era responsável pelo filho menor do segurado na escola estadual em que estudava.

O pagamento pela autora de todas as despesas relativas ao funeral do segurado, as diversas fotografias de eventos familiares, as declarações dos filhos maiores de idade do falecido e informações relativas ao plano de saúde da Impetrante, que tinha os filhos do falecido como seus dependentes, levaram os órgãos competentes, na seara administrativa, a considerar a configuração da união estável entre o casal.

Ao analisar a situação, a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), instituição sob a qual o servidor falecido era vinculado, concedeu a pensão por morte à Clarice Mendes, em concorrência com a viúva e, até então, esposa do falecido.

Contudo, o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão nº 1.189/2014, negou o registro da pensão por morte concedida pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) tendo em vista a inexistência de decisão judicial reconhecendo a união estável e a separação de fato.

O mandado de segurança foi interposto em 04 de junho de 2014 com pedido de liminar em face do supracitado acórdão. Após dois meses de tramitação perante a Suprema Corte, o Ministro Roberto Barroso, por meio de decisão monocrática, deferiu a medida liminar para determinar a suspensão do Acórdão do Tribunal de Contas da União nº 1.189/2014 até próxima análise. A cota-parte que pertencia à Clarice da Cruz Mendes foi, portanto, restabelecida, em concorrência com os dependentes habilitados.

No mandado de segurança, alegou a Impetrante, além de questões processuais, que conviveu em união estável por 9 (nove) anos com o falecido, até a data do seu óbito e que o

Código Civil e a Constituição não fazem distinção entre o casamento e a união estável. Alegou também que a lei que rege os servidores públicos federais, a Lei Federal nº 8.112/1990, prevê a possibilidade de se deixar pensão para o companheiro do falecido.

Sustentou também a Impetrante que o casamento do falecido, o qual mantinha formalmente com Eretiana Silva e Silva (arrolada como litigante passiva e intimada da ação judicial), não poderia ser um impeditivo ao reconhecimento da união estável quando já existente separação de fato há vários anos (art. 1.723, §1º, do Código Civil). Com fundamento nos ditames do Código Civil, sustentou também que a ausência de separação judicial do falecido não poderia ser um impeditivo para o registro da pensão em seu favor.

Em seus pedidos, a Impetrante requereu a anulação do ato impugnado (Acórdão do Tribunal de Contas da União nº 1.189/2014), com o consequente restabelecimento e registro da pensão por morte em seu favor.

1.10.2 O Voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso

Baseado no art. 1.723 do Código Civil, que regulamenta que a união estável se configura pela convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, ponderou o Ministro que o reconhecimento da união estável prescinde de decisão judicial declaratória para produzir os seus efeitos. Para o Ministro Relator, bastaria, no plano fático, a caracterização da convivência que menciona o Código Civil.

Ademais, para analisar a questão, o Ministro Relator também citou o §1º do art. 1.723 do Código Civil, o qual prevê que não há impedimento ao reconhecimento da união estável se a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. Na visão do Relator, a separação de fato não depende de reconhecimento judicial para o seu reconhecimento. O reconhecimento judicial de uma separação desencadeia, por sua vez, a separação judicial. A separação de fato apresenta-se em oposição à separação judicial. Para o Ministro, a própria Constituição e o Código Civil autorizam o reconhecimento da união estável quando o companheiro está separado de fato.

No caso, o Ministro Relator compreendeu que a união estável estava reconhecida em âmbito administrativo, não havendo necessidade de seu reconhecimento em âmbito judicial, pois diversas provas foram produzidas em âmbito administrativo e elas indicavam a constituição de união estável entre Clarice e Élson.

Em que pese a discussão acerca da configuração ou não da união estável, o objetivo da ação não era, propriamente, reconhecer a união estável, não sendo este o objeto da demanda. A

ação tinha por finalidade discutir o direito da Impetrante no recebimento da pensão por morte de seu companheiro. Sobre a posição do companheiro no meio social, asseverou o Ministro Relator:

> O companheiro já enfrenta uma série de obstáculos inerentes à informalidade da sua situação, pois deve produzir prova da união estável a cada vez e perante todas as pessoas e instancias em face das quais pretenda usufruir de direitos legalmente previstos. Naturalmente, há margem para disciplinar o procedimento de coleta e apreciação das provas pertinentes. Porém, se ao final a prova produzida é idônea – o que não é objeto de questionamento nos presentes autos - , não há como deixar de reconhecer a união estável e os direitos daí decorrentes. A lei não exige a separação judicial em todos os casos como requisito para o reconhecimento da união estável: tal união, ao contrário, se configura se houver separação judicial ou de fato (CC, art. 1.723, §1º) (BRASIL, 2016, p. 5).

A desigualdade jurídica entre as figuras da companheira e concubina e a desvalorização desta última resta evidente neste trecho do voto do Ministro Relator:

> O entendimento do Tribunal de Contas da União, consignado no Acórdão nº 1.348/2010 e reproduzido neste caso, equivale a tratar a companheira como se concubina fosse, apenas em razão da ausência de separação judicial, ainda que sejam robustas as provas produzidas no âmbito administrativo no sentido da separação de fato (BRASIL, 2016, p. 5).

O caso dos autos, que envolvia uma relação estável acompanhada de uma separação de fato, não foi considerado igual ao caso do Recurso Extraordinário nº 397.762, que teve o Ministro Marco Aurélio como relator, já analisado na presente pesquisa, pois neste as relações eram concomitantes. Para o Ministro, o caso também não é similar ao processo-paradigma do Tema n. 526 da repercussão geral (RE nº 669.465, relatado pelo Ministro Luiz Fux).

Para embasar o seu entendimento, foram citados ainda as seguintes decisões monocráticas: AI 856.770, Relator Gilmar Mendes, e RE 595.609, Relator Ayres Britto.

Em suas conclusões, o Ministro Relator confirmou a decisão que concedeu a liminar e concedeu a segurança, dando provimento ao mandado de segurança interposto, para anular o acórdão do TCU nº 1.189/2014, restabelecendo a pensão por morte em favor da Impetrante em concorrência com a viúva do falecido.

As duas decisões monocráticas citadas, utilizadas como fundamento para o voto, ainda não foram objeto de análise desta pesquisa, razão pela qual serão enfrentadas em seguida.

1.10.3 Agravo de Instrumento nº 856.770/Minas Gerais – O caso de Anna Maria Magalhães Cavalcante

O Agravo de Instrumento nº 856.770 – Minas Gerais, teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes. A decisão monocrática foi prolatada em 20 de setembro de 2012, publicada no Diário de Justiça de 25 de setembro de 2012.

O agravo foi interposto por Liggiane Luchesi em desfavor de Antônio Luchesi Junior e Anna Maria Magalhães Cavalcante. O agravo foi interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário. O recurso extraordinário, por sua vez, foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que julgou procedente o pedido de reconhecimento de união estável, mantendo a sentença de primeiro grau, que também reconheceu a relação.

A recorrente sustentou a impossibilidade do reconhecimento da união estável no caso em concreto, pois uma das pessoas envolvidas na relação era, juridicamente, casada, existindo, portanto, impedimento para o casamento.

De pronto, entendeu o Ministro Gilmar Mendes que as razões do recurso não mereciam resguardo. Na visão do Ministro Relator, o acórdão recorrido estava em perfeita consonância com a jurisprudência da Corte, a qual consolidou o entendimento de que a união estável pode ser reconhecida no caso em que um dos companheiros é casado judicialmente, mas separado de fato. Para tanto o Ministro citou o Recurso Extraordinário nº 590.779, o qual teve como relator o Ministro Marco Aurélio, já analisado neste trabalho.

Ao final, foi dado improvimento ao recurso.

1.10.4 O Recurso Extraordinário nº 595.609 - Goiás

O Recurso Extraordinário nº 595.609 foi interposto contra acórdão do Tribunal de justiça do Estado de Goiás, que reconheceu o direito da companheira em receber pensão previdenciária, em virtude da caracterização da união estável, ante a separação de fato do companheiro.

A recorrente alegou violação ao disposto no art. 226, §3º da Constituição Federal, tendo em vista que a relação ocorreu de maneira concomitante ao casamento, configurando-se, em verdade, uma relação de concubinato.

Entendeu o Ministro Relator Ayres Britto que o acórdão impugnado estava condizente com o entendimento jurisprudencial da Corte, que se reconhece o instituto da união estável quando um dos companheiros é casado, mas separado de fato. Para fundamentar o seu entendimento, o Ministro colacionou trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário nº 590.779, já analisado nesta pesquisa.

O Ministro Ayres Britto ainda ponderou que, no Recurso Extraordinário nº 397.762, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, defendeu o reconhecimento da união estável entre os indivíduos envolvidos, ainda que um deles não estivesse separado de fato. Quanto a essa questão, revisitou os termos do seu voto:

> Naquela assentada, consignei que, à luz do Direito Constitucional brasileiro, o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a dois*. No que *andou bem* a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração "*é terra que ninguém nunca pisou*". Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva (BRASIL, 2012, p. 2).

Ao final da sua análise, o Relator Ayres Britto, pontuou que a temática envolvendo o reconhecimento de união estável com pessoa casada seria retomada pela Corte, ante ao reconhecimento da repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 669.465, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Este, como já demonstrado, não teve análise final.

1.10.5 O Voto do Ministro Edson Fachin

Em seu curto voto, o Ministro Edson Fachin acompanhou o voto do Relator. Na ocasião, ponderou o Ministro Edson Fachin que a união estável tem a mesma dignidade das outras formações familiares, sendo um *fenômeno jurídico* que se caracteriza independentemente de reconhecimento judicial prévio.

Para tanto, o Ministro valeu-se da doutrina do Professor Rodrigo da Cunha Pereira, para o qual "o essencial é que se tenha formado entre pessoas uma relação afetiva e duradoura, com o objetivo de constituir uma família, ou seja, com o propósito de estabelecer uma vida em comum" (BRASIL, 2016, p. 12).

1.10.6 O Voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra também acompanhou o voto do Ministro Relator. Na ocasião, citou o caso que foi decidido em seu primeiro tribunal de origem, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. A situação fática, segundo a Ministra, era idêntica ao caso concreto: união estável com a companheira, com a qual teve uma filha, versus a esposa da qual estava juridicamente

separado. A decisão também seguiu no sentido de divisão da pensão entre a companheira e a esposa.

1.10.7 O Voto do Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux também acompanhou o voto do Ministro Relator. Na ocasião de sua análise o Ministro entendeu que a Constituição veio para amparar as situações fáticas, tendo em vista que 50% das famílias brasileiras eram famílias *espontâneas* (aquelas que não foram formadas de maneira formal, com a presença de um padre ou de um juiz).

O Ministro revisitou de maneira breve as provas dos autos, demonstrando a sua robustez para demonstrar a configuração, de fato, da união estável.

1.10.8 O Voto do Ministro Marco Aurélio

No início do seu voto, o Ministro deixou claro que a situação analisada era diversa daquela investigada no Recurso Extraordinário nº 397.762-BA e no Recurso Extraordinário nº 590.779 (ambos já analisados).

Na ocasião, o Ministro ponderou que, muito embora a separação de fato não afaste a impossibilidade do casamento, ficou demonstrado que o falecido vivia sob o mesmo teto com a companheira e que tinha com ela uma relação de companheirismo.

Em seu voto, o Ministro chamou atenção, de maneira muito breve, para a incoerência do Código Civil:

> Confesso que, se partíssemos, não para a interpretação teológica, mas para a simplesmente gramatical, verbal, do que se contém no artigo 1.727 do Código Civil, não chegaríamos ao implemento da ordem. Por quê? Porque o preceito revela que as relações não eventuais entre o homem e a mulher – e a relação não era eventual, considerada a impetrante -, impedidos de casar, constituem concubinato. E este não gera a aquisição de direitos.
> Mas interpreto esse preceito buscando o objetivo a ser alcançado. Muito embora a separação de fato não afaste a impossibilidade de casamento, há de haver, realmente, o desenlace quanto a este, formalmente estabelecido, tem-se que ficou demonstrado, à exaustão, que o falecido não coabitava o mesmo teto da mulher com quem casara, e que vivia em companheirismo com a impetrante. Essa demonstração tornou-se estreme de dúvidas (BRASIL, 2016, p. 15).

A incoerência do dispositivo, que será posteriormente enfrentada, foi reconhecida pelo Ministro Marco Aurélio e, a despeito dela, acompanhou o voto do Ministro Relator.

Por unanimidade de votos, a segurança foi concedida, nos termos do voto do Ministro Relator.

1.11 Recurso Extraordinário nº 646.721/ Rio Grande do Sul – O caso de São Martin Souza da Silva

O Recurso Extraordinário nº 646.721 – Rio Grande do Sul teve como recorrente São Martin Souza da Silva e recorrido Geni Quintana. A Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) foi arrolada como *amicus curiae*.

Em um primeiro momento, foi reconhecida a repercussão geral do caso e o processo foi, em seguida, dirigido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O acórdão foi prolatado em 10 de maio de 2017 e publicado em 11 de setembro de 2017.

O Relator do caso foi o Ministro Marco Aurélio e o Redator do Acórdão o Ministro Roberto Barroso.

Por meio do acórdão, foi proferida a seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002" (BRASIL, 2017, p. 2). A tese foi nomeada como o Tema nº 498 do Supremo Tribunal Federal.

1.11.1 Síntese fática do caso

O Recurso Extraordinário foi interposto por São Martin Souza da Silva contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O Recorrente São Martin Souza da Silva manteve, por 40 (quarenta) anos, um relacionamento homoafetivo com um indivíduo. Eles nunca foram casados, mas mantinham uma relação de união estável.

Após o seu falecimento, São Martin ingressou com uma ação de inventário para reaver a cota-parte dos bens que lhe eram de direito.

Quando da análise da ação de inventário, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul consignou o entendimento de que os companheiros herdam apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, quando presentes os requisitos, nos moldes do então art. 1.790 do Código Civil. Na ocasião, o juízo de origem consignou também ser imprópria a equiparação entre os institutos jurídicos companheiro e cônjuge, razão pela qual afastou a aplicação do art. 1.829, incisos I e II do Código Civil.

O Tribunal de Origem, com base no art. 226, §3º, também consolidou o entendimento de que os institutos do casamento e união estável não foram tratados como iguais pela Constituição Federal.

O acórdão impugnado foi assim ementado:

> SUCESSÃO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. VÍNCULO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. O DIREITO DO COMPANHEIRO À HERANÇA LIMITA-SE AOS BENS ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO. EXEGESE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

A título de esclarecimento, o cerne da questão era, justamente, analisar o tratamento diferenciado promovido pelo Código Civil de 2002 entre os cônjuges e os companheiros, para fins de direito sucessório. Vejamos o disposto em cada dispositivo questionado:

> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
> I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
> II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
> III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
> IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.
>
> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
> I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
> II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
> III - ao cônjuge sobrevivente;
> IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

No recurso extraordinário interposto, o companheiro sobrevivente sustentou a violação ao art. 1º, inciso III, art. 5º, inciso I e art. 226, §3º, da Constituição Federal. Em síntese, alegou que apesar de a legislação de regência não prever a possibilidade de casamento homoafetivo, a Constituição Federal assegurava a todos a dignidade e igualdade, independentemente da orientação sexual. Para o requerente, o art. 1.790, em seus moldes regulamentadores, violava a dignidade e a igualdade, padecendo de inconstitucionalidade.

O recurso extraordinário foi admitido no Tribunal de Origem e, em 11 de novembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em Plenário Virtual, reconheceu a repercussão geral da temática.

O Ministério Público opinou pelo improvimento do recurso extraordinário interposto. Na ocasião, ponderou que a orientação sexual não influencia no conceito de família previsto na Constituição Federal de 1988 e que a mesma proteção que é concedida à união estável heteroafetiva é concedida à união estável homoafetiva.

O extenso acórdão que analisou o Recurso Extraordinário nº 646.721 – Rio Grande do Sul foi assim ementado:

> Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros.
> 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a "inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico", aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)
> 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.
> 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.
> 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002".
> (BRASIL, 2017).

Esclarece-se que, apesar de a temática não estar diretamente relacionada com o objeto de pesquisa desta tese, a jurisprudência em análise nos fornecerá aporte teórico jurisprudencial para entendermos a importância da figura jurídica do casamento monogâmico e sua valorização e hierarquização no sistema jurídico brasileiro.

1.11.2 O Voto do Ministro Relator Marco Aurélio

No início do seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio resgatou a expressão utilizada no Recurso Extraordinário nº 397.762 – Bahia, analisado nesta pesquisa: "O Direito é uma

verdadeira ciência, surgindo inadequado confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel" (BRASIL, 2017, p. 8).

O Ministro Relator elencou, de forma separada em sua análise, os dispositivos que tratam sobre os direitos do cônjuge e os dispositivos que tratam dos direitos do companheiro. A sua intenção ao elencar os temas e dispositivos de maneira separada era a de, justamente, demonstrar que as figuras do cônjuge e do companheiro possuíam tratamento diferenciado pelo Código Civil de 2002.

Para o Ministro, há distinção entre os institutos do casamento e da união estável, distinção essa "admitida pelo próprio texto constitucional, tendo em vista a redação do artigo 226, §3º" (BRASIL, 2017, p. 8) da Constituição Federal. Em suas palavras, o legislador facilita a conversão da união estável em casamento, mas em nenhum momento os equipara. A única semelhança entre os dois institutos seria a de que ambos são considerados entidades familiares.

> O comando determina ao legislador facilitar a conversão da união estável em casamento, mas em momento algum os equipara. Se o fizesse, perderia a razão de ser, o objeto, a sinalização ao estímulo à transmutação da união estável em casamento. Para que a transformação ante igualização, quanto a consequências patrimoniais? A única similitude entre os institutos é que ambos são considerados, pelo Texto Maior, entidades familiares. E para por aí, uma vez que, mesmo sendo formas de família, a Constituição Federal estabelece, de plano, inexistir espaço para equalização (BRASIL, 2017, p. 9).

Argumentou o Ministro Relator que, seguindo os comandos da Constituição, o Código Civil de 2002 disciplinou tratamentos jurídicos correspondentes para cada instituto jurídico, diferenciando-os entre si propositalmente. Não haveria, portanto, espaço de interpretação para fins de equalização dos institutos jurídicos. Para respaldar o seu entendimento, o Ministro citou o voto-vista proferido pelo Ministro Dias Toffoli na análise do Recurso Extraordinário nº 878.694, ocasião em que o Ministro pontuou que essa questão, disparidade entre o companheiro e o cônjuge, foi debatida pelo legislador quando da tramitação do projeto do Código Civil de 2002.

Para respaldar que foi a intenção do legislador fazer a diferenciação entre ambos os institutos no Código Civil, o Ministro Relator transcreveu trecho dos fundamentos constantes da Subemenda de Redação do Relator-Geral nº 56, formalizada pelo deputado Ricardo Fiúza[228]. Nesta, a união estável foi considerada uma instituição meio, que visa uma instituição fim: o casamento.

[228] A Subemenda pode ser analisada na íntegra na obra *Memória Legislativa do Código Civil,* publicada pelo Senado Federal, no ano de 2012.

> A própria formulação do texto constitucional já é suficientemente elucidativa a esse respeito: "... para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável... devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (CF, art. 226, §3º).
> É como se a união estável fosse tomada como um caminho para o matrimônio, ou quando muito como um matrimônio incompleto, muito embora já constituísse por si mesma, nos termos da regra constitucional, uma "entidade familiar". A natureza modelar do casamento, sua irrecusável preeminência, reflete-se no Projeto, bastando assinalar, a esse respeito, que na área do Direito de Família a disciplina da união estável se limita a cinco dispositivos sequenciados (arts. 1.737 e 1.739), e na área do Direito das Sucessões é contemplada com um único dispositivo específico (art. 1.814), além de dois outros aplicáveis tanto aos cônjuges quanto aos companheiros (arts. 1.871 e 1.817).
> A comparação que se estabeleça entre os preceitos relativos ao matrimonio e as regras disciplinadoras da união estável, constantes do Projeto, demonstra, à primeira vista, a superioridade numérica das primeiras em relação às últimas. Somente há pouco institucionalizada pela lei civil, a disciplina da união estável tem inegável natureza tutelar, e representa o reconhecimento legal de um fato consuetudinário que se aproxima do modelo matrimonial.
> A desproporção se evidencia quando se considera a superioridade numérica dos dispositivos que tratam do casamento, a título de Disposições Gerais (arts. 1.510 a 1.515), Capacidade Matrimonial (arts. 1.516 a 1.519), Impedimentos (arts. 1.520 e 1.521), Causas suspensivas (art. 1.522 e 1.523), Habilitação Matrimonial (arts. 1.554 a 1.531), Celebração do Casamento (art. 1.532 a 1.541), Provas do Casamento (arts. 1.542 a 1.546), Invalidade do Casamento (arts. 1.547 a 1.566), Eficácia do Casamento (art. 1.567 a 1.573), Dissolução da Sociedade Conjugal (arts. 1.574 a 1.587), Proteção da Pessoa dos Filhos na Dissolução da Sociedade conjugal (arts. 1.588 a 1.595), e Regime de Bens entre os Cônjuges (arts. 1.651 a 1.734), totalizando, como se vê, 189 (cento e oitenta e nove) artigos de lei.
> As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivo, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio – quanto o casamento – enquanto instituição fim – na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura. Nulidades, anulabilidades, separação, divórcio, figuras indissoluvelmente ligadas ao enlace matrimonial, desaparecem, ou transparecem por analogia, ou se reduzem numericamente, quando transpostas para o relacionamento estável (BRASIL, 2017, p. 10-11).

O Ministro Relator fundamentou a distinção entre os institutos essencialmente com base no Código Civil de 2002. Ele foi enfático ao afirmar que são institutos díspares, inexistindo margem para potencialização da união estável, sob pena de *suplantar* o próprio instituto do casamento. No voto do Ministro Relator, ainda que de maneira implícita, o casamento foi elencado em um patamar superior em relação à união estável. A união estável seria uma fase anterior e preparatória ao casamento. Para tanto, foi também citado o artigo "A Incompreendida Constitucionalidade da Sucessão na União Estável no Código Civil Brasileiro", de Ricardo Wilson Ligeira, publicado na Revista dos Tribunais, no ano de 2015.

Igualar o casamento e a união estável, especificamente em relação ao direito sucessório, significaria violar a autonomia dos indivíduos na escolha entre os institutos jurídicos que melhor atendam aos seus interesses.

Para tanto, o Ministro Relator também se valeu do pessimista artigo intitulado como "O afeto será prejudicado pelo STF", publicado no jornal O Estado de São Paulo, de 2 de fevereiro de 2017, por Regina Beatriz Tavares da Silva:

> Se o STF equiparar indevidamente a união estável ao casamento, os casais em união estável não escolherão entre nela permanecer, ou casar.
> Assustados, e com razão, pela insegurança jurídica em que o STF os deixará, os casais em união estável, muito mais provavelmente, ponderarão entre mantê-las, ou dissolvê-las. Se dissolvidas, não existirão direitos sucessórios!
> Quem ainda não vive em entidade familiar, possivelmente temeroso de seus efeitos sucessórios, permanecerá sozinho, fará declarações de namoro para assegurar que a relação que vive não é de união estável, enfim, não poderá extravasar seu afeto, terá que contê-lo, tornar-se-á infeliz e isto em razão de uma decisão equivocada do STF.
> O STF, então, ou revê seu entendimento, por ora provisório, ou pode ter a certeza de que, apesar de suas melhores intenções, estará contribuindo a afrouxar os relacionamentos e destruir o afeto.
> Se não houver posicionamento pelos Ministros que ainda não votaram pela constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e revisão dos votos já proferidos, o STF tirará das pessoas o seu direito de amar (SILVA, 2017 apud BRASIL, 2017, p. 15-16).

Não é um tanto presunçoso sustentar que o STF *destruirá* o afeto por, tão apenas, igualar a união estável ao casamento? Da leitura do artigo citado pelo Ministro, não resta claro qual foi o embasamento da autora para concluir que a equiparação entre a união estável e o casamento inibirá as pessoas de se relacionarem afetivamente. Aparentemente, não foi feito qualquer estudo empírico para se concluir por esse entendimento. O Ministro Relator concordou com as considerações feitas por Regina da Silva no artigo, alegando que essas "consequências" não podem ser ignoradas.

Com embasamento na obra "Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial", de autoria de Miguel Reale, publicado na Revista Trimestral de Direito Civil no ano de 2005, sustentou o Ministro Relator que não se tem como afirmar que o companheiro falecido aderiria a regime jurídico diverso do alusivo à união estável, ferindo a autodeterminação da pessoa após o óbito.

O Ministro Relator, por fim, não deu provimento ao recurso extraordinário interposto, fixando a tese segundo a qual o art. 1.790 do Código Civil de 2002, o qual regulamenta o regime sucessório para os companheiros, é constitucional e apto a reger a união estável, independentemente de orientação sexual dos companheiros, pois o mesmo regime que se aplica

à união estável heteroafetiva, se aplicaria também à união estável homoafetiva, nos moldes da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto.

1.11.3 A Antecipação do voto do Ministro Luís Roberto Barroso

O Ministro Luís Roberto Barroso também fez menção ao Recurso Extraordinário nº 878.694, de sua relatoria, que analisou a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Por meio deste meio recursal, discutiu-se a constitucionalidade, precisamente, da desigualdade entre o cônjuge e o companheiro, para fins de sucessão hereditária.

A singularidade do caso, para o Ministro Luís Roberto Barroso, que o torna diferente do Recurso Extraordinário nº 878.694, é justamente a relação homoafetiva vivenciada entre os interessados. À época da análise do presente recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal já tinha equiparado juridicamente as uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, em que pese o Código Civil de 2002 ter sido promulgado em 2002 propriamente, seu projeto iniciou-se na década de 70. Apesar de ele ser relativamente novo, já teria chegado atrasado em relação às questões de direito de família.

> O Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 2003, modificou essa situação. Como sabemos – e há textos expressivos do eminente Ministro Edson Fachin nessa linha - , o Código Civil foi aprovado nos anos 2000, mas foi produto de um debate que se fez na década 70, um debate anterior a inúmeras questões, que somente se colocaram tempos depois, diante da sociedade e das escolhas legítimas das pessoas. Portanto, o Código Civil é de 2002, mas ele chegou atrasado relativamente às questões de direito de família (BRASIL, 2017, p. 21).

O Código Civil de 2002 teria sido promulgado contrariando a legislação vigente à época, que igualou, para fins de direito sucessório, o cônjuge e o companheiro. A Lei Federal nº 8.971/1994 e a Lei Federal nº 9.278/1996 igualaram os regimes sucessórios da união estável e do casamento.

Para o Ministro, a promulgação do Código Civil de 2002, para fins do direito de família e do direito sucessório, desencadeou uma hierarquização entre as famílias, representando um verdadeiro retrocesso que a Constituição não permite.

> Desse modo, o Código Civil, contrariando a legislação vigente pós 88, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis e, assim, promoveu um retrocesso e uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite. Penso que a Constituição trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, sendo merecedoras da mesma dose de respeito e consideração. Portanto, o art. 1.290 do

> Código Civil é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais como o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, o da proporcionalidade na modalidade de proibição da proteção deficiente e o da vedação do retrocesso (BRASIL, 2017, p. 22).

O Ministro se questiona o motivo pelo qual o art. 226, §3º da Constituição, ao prever e reconhecer a união estável, prevê a sua conversão em casamento. Para Luís Roberto Barroso o "casamento é melhor que a união estável, por motivo de segurança jurídica. O casamento, mediante um contrato formal assinado, não deixa a menor dúvida, ao passo que a união estável, em certos casos, pode precisar ser comprovada por meio de provas e evidências" (BRASIL, 2017, p. 23). Para o Ministro, a questão não é, propriamente, de um instituto ser superior ao outro porque é melhor que o outro. A superioridade reside em razão estritamente da segurança jurídica. Para o sistema jurídico, seria melhor analisar o casamento do que a união estável.

Nas razões finais do seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso retomou a decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 132, votada em 2011. Mencionou que nesta ação, o Supremo Tribunal Federal tomou uma decisão história: "de dizer que as pessoas têm o direito de colocar o seu afeto e a sua sexualidade onde mora o seu desejo e serem tratadas com respeito e consideração, e em igualdade de condições com outras pessoas" (BRASIL, 2017, p. 24).

Do que foi exposto até aqui, faz-se uma provocação: o Supremo Tribunal Federal deixa, de fato, as pessoas livres para depositarem o seu afeto e a sua sexualidade onde moram os seus desejos? As pessoas que não seguem os padrões monogâmicos são, realmente, respeitadas? São questões que são respondidas ao longo desta pesquisa.

Ao final, o Ministro discordou do Ministro Relator, dando provimento ao recurso extraordinário. Na ocasião, pronunciou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e sugeriu a seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002" (BRASIL, 2017, p. 24).

Para assegurar a segurança jurídica, propôs que a inconstitucionalidade do dispositivo não influencie as partilhas que já tenham sido julgadas.

Faz-se uma observação: o Recurso Extraordinário nº 878.694, citado em todos os votos até o presente momento, estava em processo de julgamento, quando da análise do presente Recurso Extraordinário nº 646.721. O acórdão que analisou o mérito da questão foi publicado

tão apenas em 06 de fevereiro de 2018, posteriormente à publicação do acórdão proveniente do presente instrumento recursal.

1.11.4 O Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

Após a antecipação de voto do Ministro Luís Roberto Barroso, consta, em um segundo momento, o seu voto. Pela extensão dos argumentos e por trazer novos elementos que não foram expostos anteriormente, ele será analisado.

Ao se referir, novamente, ao Recurso Extraordinário nº 878.694, mencionou o Ministro Luís Roberto Barroso que a diferenciação feita entre o cônjuge e o companheiro pelo Código Civil de 2002 viola princípios do direito, como o da igualdade, dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso. Na ocasião, registrou que o seu posicionamento foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Para o Ministro, não haveria razões para se aplicar ao presente caso, solução diversa da aplicada quando da análise do Recurso Extraordinário nº 878.694. Reiterou a inexistência de fundamento constitucional para respaldar a diferenciação entre os diferentes modelos de família, os quais, embora não sejam todos formados pelo casamento, propriamente, são mantidos com embasamento no afeto.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, o direito sucessório está diretamente atrelado ao conceito de família. Na história do direito brasileiro, o conceito de família, por sua vez, estava fortemente vinculado ao casamento. Somente as famílias formadas por casamento eram dignas de atenção e proteção jurídica. O objetivo principal de dispor da família desta maneira era a manutenção das riquezas e do patrimônio no seio das famílias. Todas as Constituições anteriores à Constituição de 1988 reconheciam apenas a família constituída pelo casamento. Nesse ponto, em nota de rodapé, registrou o Ministro que a valorização do casamento na Constituição de 1934 estava presente em seu art. 144. Na Constituição de 1937, em seu art. 124. Na Constituição de 1967, art. 167 (posteriormente renumerado para art. 175 pela Emenda Constitucional nº 01/1969).

O Ministro Luís Roberto Barroso dispôs que, na segunda metade do século XX, iniciou-se uma lenta evolução no conceito de família na sociedade brasileira, com o crescente reconhecimento jurídico aos múltiplos modelos de família. Nessa época, grande parcela da sociedade integrava núcleos familiares não formados pelo casamento, mas pelo afeto. “Era o caso de uniões estáveis, inclusive homoafetivas, e de famílias monoparentais, pluriparentais ou

anaparentais" (BRASIL, 2017, p. 31). A multiplicidade familiar crescente no plano fático, foi se sobrepondo à rigidez jurídica do conceito de família. O início da evolução foi marcado apenas pelo reconhecimento social dessas entidades, que estavam fora dos limites do casamento, e não pelo ordenamento jurídico.

O voto do Ministro, diferentemente de como os acórdãos vinham sendo produzidos, é permeado por citações de artigos e doutrinas. Para demonstrar a evolução do conceito de família e do direito sucessório no Brasil, o Ministro se valeu da obra *Temas de Direito Civil* (2008*)*, de Gustavo Tepedino, do *Manual de Direito das Famílias* (2013)*,* de Maria Berenice Dias, bem como do artigo *Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã,* publicado por Giselda Hinoraka na Revista Brasileira de Direito de Família, no ano de 2002.

A Constituição de 1988, frente às Constituições anteriores, aproximou a família do plano fático ao seu conceito jurídico. Ao reconhecer as famílias formadas pelo casamento, as formadas por união estável e as famílias monoparentais, segundo o Ministro, "A Constituição rompeu, assim, com o tratamento jurídico tradicional da família, que instituía o casamento como condição para a formação de uma família "legítima" (BRASIL, 2017, p. 31).

Com base em texto publicado no ano de 2008 pelo Ministro Luiz Edson Fachin, em coautoria com Carlos Eduardo Pianovski, intitulado como *A dignidade humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*, ponderou o Ministro Luís Roberto Barroso que a dignidade da pessoa humana, valor central do ordenamento jurídico e um dos fundamentos da República, foi o principal vetor da evolução e ressignificação da família no sistema jurídico. Com a promulgação da Constituição de 1988, as normas de direito civil passaram a ser analisadas a partir da dignidade da pessoa humana e de preceitos constitucionais, desencadeando a chamada *repersonalização do direito civil.* Com a Constituição de 1988, a família teria passado a viver para o indivíduo, como um meio de transformação e realização pessoal.

Segundo o Ministro:

> Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto (BRASIL, 2017, p. 32).

Em seu voto, o Ministro retomou a questão de que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o regime de direito sucessório estava evoluindo para igualar o cônjuge e o companheiro no mesmo patamar de direitos. "Essa evolução, no entanto, foi abruptamente interrompida pelo Código Civil de 2002" (BRASIL, 2017, p. 35). Para o Ministro, o auge da

involução provocada pelo Código Civil de 2002 foi personalizado no art. 1.790, o qual dispôs sobre o regime sucessório de forma diversa para o companheiro.

Na Parte III do seu voto, o Ministro analisa a compatibilidade do art. 1.790 com a Constituição Federal de 1988.

Como já demonstrado desde o início de seu voto, para o Ministro, o art. 1.790 do Código Civil seria formalmente inconstitucional. O dispositivo, ao desequiparar os cônjuges e os companheiros, violava a igualdade entre as famílias, prevista no art. 226 da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, a vedação ao retrocesso e o princípio da proteção deficiente.

O Ministro entende que, do art. 226 da Constituição, não é possível extrair qualquer hierarquia entre os modelos familiares que autorize a instituição de regimes sucessórios diferenciados. A inconstitucionalidade da hierarquização familiar foi observada a partir de quatro elementos tradicionais da interpretação jurídica: gramatical, teleológico, histórico e sistemático.

Em relação ao elemento gramatical da interpretação jurídica, argumentou o Ministro que o art. 1.790 do Código Civil dispôs que a família tem especial proteção do Estado, não realizando qualquer diferenciação ou hierarquização entre os modelos familiares.

Da mesma maneira, o art. 226, da Constituição, nas palavras do Ministro, não realiza qualquer diferenciação entre os institutos do casamento e da união estável, não podendo, portanto, o texto infraconstitucional fazer qualquer hierarquia entre os modelos familiares.

Fazendo alusão à interpretação teleológica, o Ministro entende que a finalidade da norma, contida no art. 226 da Constituição, é garantir proteção às famílias como maneira de valorizar e tutelar os indivíduos. Como o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna para todos e, como a família é um meio para realização dos indivíduos, o Estado não poderia proteger apenas as famílias formadas pelo casamento.

Na interpretação histórica a partir dos anais da Constituinte de 1987/1988, o Ministro entendeu que a interpretação do art. 226 é inclusiva e não segregativa. “Muito pelo contrário, o objetivo foi ampliar a proteção estatal às diversas configurações familiares (biológicas e afetivas) existentes *de fato* na sociedade mas juridicamente desamparadas até então” (BRASIL, 2017, p. 38).

Ora, o posicionamento do Ministro vai contra toda a gama de jurisprudência prolatada pela Suprema Corte, que retirou direitos de pessoas que tinham relações íntimas e afetivas com indivíduos casados. Onde essas pessoas, majoritariamente mulheres, até então desamparadas juridicamente, se inserem na Constituição Federal de 1988?

Com base na interpretação sistemática, entendeu o Ministro que o sistema constitucional deverá ser analisado em unicidade e harmonia. Em sua visão, o art. 226, §3º, da Constituição, ao permitir a conversão da união estável em casamento, deixou implícito que são, de fato, dois regimes jurídicos diferenciados, dando abertura para que a legislação infraconstitucional tratasse as duas questões de maneira diversa. Contudo, a partir da análise e interpretação de outros artigos da Constituição (arts. 205, 226, §7º, 227 e 230), a hierarquização entre os modelos familiares não seria legítima.

Ao final do seu voto, o Ministro entendeu que o art. 1.790 do Código Civil de 2002 é incompatível com a Constituição Federal. Do art. 226, da Constituição, o Ministro extraiu o *princípio da igualdade de hierarquia entre entidades familiares*, o qual foi violado. Com a vigência do dispositivo, os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade com vedação à proteção deficiente e o da vedação ao retrocesso também foram violados.

O Ministro Luís Roberto Barroso divergiu, então, do Ministro Relator, reconhecendo, como já mencionado, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Para fins de repercussão geral, o Ministro reiterou a seguinte tese: "É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do Código Civil de 2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto das de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002" (BRASIL, 2017, p. 44).

1.11.5 O Voto do Ministro Luiz Fux

Em seu curto voto, o Ministro Luiz Fux, à luz da Constituição Federal de 1988, e da ADPF 132, equiparou a união estável heteroafetiva e a união estável homoafetiva.

Sem elencar seus fundamentos, por coerência, entendeu pela inconstitucionalidade do art. 1.790 da Constituição, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

1.11.6 O Voto do Ministro Alexandre de Moraes

Para o Ministro Alexandre de Moraes, não restaram dúvidas de que os institutos jurídicos da união estável e do casamento são divergentes entre si. Ao possibilitar a transformação da união estável em casamento, a Constituição teria deixado claro isso. Baseando-se em texto sobre família de Álvaro Vilaça, o Ministro ponderou que a união estável

nada mais é que um casamento no plano fático. Seriam institutos jurídicos diversos, mas que pretendem a mesma finalidade.

O cerne da questão, para o Ministro, não é propriamente igualar a união estável ao casamento ou vice-versa, mas a análise da proteção à família. Se o Código Civil de 1916 tutelava apenas as famílias formadas pelo casamento, a Constituição, em seu art. 226, veio para proteger toda e qualquer forma de família, seja ela homo ou heteroafetiva, sendo descabido, em sua visão, a discussão sobre a necessidade de igualar ambos os institutos. Tendo em vista essa finalidade – a proteção da família -, entendeu o Ministro que:

> não me parece que o Código Civil, que retrocedeu à legislação anterior, traga um elemento discriminador, um *discriminem* razoável para diferenciar aquela pessoa, o companheiro que viveu – como aqui, na presente hipótese – 40 anos do cônjuge que também viveu 40 anos (BRASIL, 2017, p. 48).

O argumento do Ministro, ao priorizar a proteção de qualquer forma de família, mostra-se de maneira dúbia. Como proteger todas as formações familiares ante a um Código Civil desigualador e segregador?

Em contraposição a esse entendimento, valendo-se do Professor Antonio Junqueira de Azevedo, registrou o Ministro que a igualdade e a solidariedade são dois princípios que regem o Direito Sucessório. Ao estipular então um tratamento diferenciado, entendeu que o art. 1.790 do Código Civil não parece respeitar a igualdade, muito menos a solidariedade, pois privou o companheiro de mais de 40 (quarenta) anos do que lhe era de direito, a sua cota-parte na herança, tão apenas por não ter sua relação formalizada através do casamento.

Para o Ministro, considerando a Lei nº 8.971 e a Lei nº 9.728, de 1994, que igualaram o cônjuge e o companheiro para fins sucessórios, o Código Civil de 2002 violou o princípio da vedação ao retrocesso. Talvez pela demora em sua promulgação o Código Civil de 2002 retrocedeu na matéria da família e violou a igualdade tão valorizada pela Constituição Federal. Desse modo, na linha de entendimento do Ministro, o alvo de proteção do Direito Sucessório é a família, independentemente de sua forma de constituição, razão pela qual o tratamento diferenciado não de mostraria legítimo.

O Ministro Alexandre de Moraes, por fim, acompanhou a divergência, recomendando a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e o provimento do recurso extraordinário interposto.

1.11.7 A Antecipação do Voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin remeteu-se ao voto prolatado no Recurso Extraordinário nº 878.694, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Para o Ministro, não restaram dúvidas de que existem diferenças entre os institutos do casamento e da união estável, mas também que não existem dúvidas que essa diferença entre ambos não é autorizadora, com fundamento na Constituição, de qualquer hierarquização entre elas ou discriminação.

O Ministro então acompanhou a divergência iniciada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, na mesma linha do seu voto prolatado nos autos do Recurso Extraordinário nº 878.694. No entanto, reconheceu os argumentos do Ministro Relator como sólidos, identificando existirem, de fato, controvérsias sobre a temática. Ao final, o Ministro reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, dando provimento ao recurso.

1.11.8 O Voto Vogal do Ministro Edson Fachin

Assim como os outros, o Ministro Edson Fachin resgatou o cerne da questão discutida no Recurso Extraordinário nº 878.694. Foi pontuado que se tratava de idêntico debate jurídico, mas dessa vez para uniões estáveis homoafetivas.

Nas palavras do Ministro, não há objeção nem na doutrina e nem na jurisprudência sobre o fato de que a família é a base da sociedade. A Constituição reconhece a união estável e o casamento como duas formações familiares, dignas de reconhecimento e respeito. São dois regimes distintos, com diferenças entre si. Para Edson Fachin, restaria saber se essas diferenças autorizam uma desigualdade discriminatória, se projetando no campo do Direito Sucessório.

Questiona-se o Ministro: “o art. 1.790 promove uma diferença ou uma discriminação injusta que é incompatível com o texto constitucional?” (BRASIL, 2017, p. 54-55).

Para analisar e responder o questionamento, o Ministro elencou 10 (dez) premissas necessárias ao debate.

Em primeiro lugar, registrou que tanto o casamento quanto a união estável são instituições familiares igualmente reconhecidas e tuteladas pela Constituição Federal de 1988, inexistindo entre elas hierarquia. Dessa maneira, à ambas deveria ser dispensado tratamento isonômico.

A segunda premissa segue no sentido de que a Constituição, em seu art. 3º, assentou o entendimento de que a família é a base da sociedade, sendo esta livre, justa e solidária. Em uma sociedade livre, justa e solidária, não há a discriminação ou hierarquização de famílias, isto é,

não se poderia atribuir mais direitos a certos indivíduos em detrimento de outros, pois todas as famílias merecem receber tratamento isonômico.

A terceira premissa, fundamentada no princípio eudemonista, presente no art. 226, §8º, da Constituição, fundamenta-se no sentido de que a proteção à família é direcionada a cada integrante, não sendo legítimo diferenciá-los em virtude do modelo familiar eleito. Com fundamento no art. 5º, inciso I, da Constituição, que regulamenta que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, seria inconstitucional dar tratamento diferenciado aos indivíduos que se encontram em uma mesma situação. Para o Ministro, tratar de modo distinto indivíduos em situações iguais contraria o disposto no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal.

A quarta premissa refere-se à noção de que, ao distinguir direitos e deveres entre os cônjuges e companheiros, o sistema jurídico estaria fazendo um juízo moral prévio sobre quais são os modelos familiares mais aceitáveis e corretos, o que é vedado pela Constituição. Para o Ministro, o Direito não pode elencar famílias de primeira classe, dotada de mais prestígio, e família de segunda classe, justamente porque todos são iguais entre si, não existindo, por sua vez, cidadãos de primeira classe e de segunda classe.

> A quarta premissa é de que distinguir os direitos a serem atribuídos aos casados e aos conviventes seria fazer um juízo moral prévio sobre os modelos de família e as formas de convivência familiar, o que a Constituição não permite. Não há família de primeira e segunda classes, porque não há cidadãos de primeira e segunda classes. A pluralidade familiar apreendida pelo texto constitucional é expressão da pluralidade moral que a Constituição de uma República livre, justa e solidária tem como princípio veto. Eleger como dotado de primazia um ou outro modelo de família conjugal seria eleger morais particulares de alguns cidadãos como dotadas de superioridade sobre as morais particulares de outros (BRASIL, 2017, p. 56).

Considerando que não existem famílias de primeira e segunda classes e, muito menos, indivíduos de primeira e segunda classes, em que lugar no Direito se inserem as concubinas? Elas ocupam algum lugar no Direito?

Na quinta premissa, o Ministro ponderou que o art. 226, §3º, da Constituição, ao prever que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não criou qualquer hierarquização ou distinção entre ambos os institutos jurídicos. Para o Ministro, a Constituição apenas quis facilitar para que, os indivíduos que estivessem em união estável – no exercício de sua liberdade individual -, migrassem para um modelo formal de conjugalidade.

Na sexta premissa, assentou o Ministro que ambas as formações familiares possuem, em sua base, o afeto e interrelação entre os indivíduos e que a única diferença entre elas é a presença ou ausência de formalidade em sua constituição. Para fundamentar essa premissa, o Ministro se utilizou a obra *Temas de Direito Civil* (2008), de Gustavo Tepedino.

Considerando que a Constituição apenas facilita a conversão da união estável em casamento, a sétima premissa está assentada no entendimento de que a vantagem de migração entre os regimes familiares não pode ser motivo para a atribuição de diferentes direitos entre as formas de conjugalidade. Para criar essa premissa, o Ministro se valeu da obra *Institutos Fundamentais do Direito Civil,* de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

A oitava premissa advém do argumento de que igualar ambas as formações familiares é violar a liberdade individual, haja vista que o indivíduo optou pela união estável e não pelo regime conjugal. A partir desse argumento, quem escolhe união estável, ao invés do casamento, estaria pretendendo uma relação mais livre. Segundo o Ministro, a união estável não é uma *união livre*. A união estável pressupõe, por si só, uma comunhão de vidas. "Eventual desigualdade quanto à pressuposição de maior liberdade na união estável, por ser união informal, não justifica menor proteção às pessoas em regime de convivência do que àquelas casadas" (BRASIL, 2017, p. 57).

Na nona premissa, ponderou o Ministro que, a Constituição, ao tratar sobre as temáticas das famílias, se baseou na realidade fática, tutelando todas as formações familiares. Partindo dessa noção, seria contraditório e inadmissível atribuir tratamento discriminatório e diferenciado aos indivíduos que elegem um ou outro modelo familiar. Para tanto, o Ministro se utilizou da doutrina de Álvaro Villaça Azevedo, constante na obra *O Direito Civil na Constituição*, inserida no livro *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil* (2009), para quem não cabe ao constituinte e, muito menos ao legislador, orientar o povo como deve constituir suas famílias.

> O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor. O homem é um ser gregário, que necessita viver em família, cujo modo de constituição ele escolhe, firmando-se um costume admitido em sua coletividade, que vai transpondo gerações. Esse anseio popular, embora nasça de um contrato convivencial, é algo que ultrapassa a noção de instituto jurídico, é um organismo institucional, que se fundamenta no Direito Natural. O Direito Humano deve intervir, somente, para evitar lesões, locupletamentos indevidos, fazendo reinar a responsabilidade ainda mais fortemente, nas convivências livres. A união estável, concubinato puro, não adulterino e não incestuoso, sempre encontrou esse apoio institucional, na figura antiga do casamento de fato. (AZEVEDO apud BRASIL, 2017, p. 58).

A décima premissa apresentou-se no sentido de que o regime de bens é distinto de modelo de conjugalidade, não se confundindo com ele. Tanto o casamento, quanto a união estável, carregam consigo a comunhão de vida afetiva. O Ministro fez alusão ao ninho. O casamento apresentar-se-ia como um ninho com moldura e a união estável sem a moldura, mas em ambos continua existindo o elemento essencial: o ninho.

Com base em todos esses argumentos, ao final do seu extenso voto, o Ministro deu provimento ao recurso para que se aplicasse ao recorrente as regras do art. 1.829 e seguintes do Código Civil de 2002. Na ocasião, declarou que a mesma tese prolatada no Recurso Extraordinário nº 878.694, deveria ser utilizada ao presente caso, nestes termos: "É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do Código Civil de 2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do Código Civil de 2002 (BRASIL 2017, p. 61).

1.11.9 O voto da Ministra Rosa Weber

Em seu curto voto, a Ministra Rosa Weber resgatou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, com fundamento no art. 5º e 226 da Constituição Federal. A Ministra acompanhou a divergência e votou pelo provimento do recurso extraordinário interposto.

1.11.10 O voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski registrou que não preparou voto escrito e que ficou impressionado com os votos dos outros Ministros da Corte, para ambos os posicionamentos.

Ante a dúvida envolvendo a situação, o Ministro preferiu dar preferência ao que diz o legislador sobre o assunto, mesmo o Código Civil de 2002 ter representado, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, um retrocesso no Direito.

Com base no art. 226, §3º, o Ministro registrou que, em sua visão, ficou clara a intenção do legislador em distinguir a união estável e o casamento. A distinção, na esteira do parecer do Ministério Público, se faz presente no que tange à formalidade, à invalidação, à eficácia, à dissolução e ao regime sucessório, justificando o tratamento diferenciado no que diz respeito ao regime sucessório.

Considerando a necessidade de se dar prestígio ao legislador, e, considerando as peculiaridades do caso - envolvendo uma relação de mais de 40 (quarenta) anos -, o Ministro negou provimento ao recurso extraordinário interposto.

1.11.11 A Antecipação do Voto da Ministra Cármen Lúcia

A Ministra também acreditou ter uma relação íntima entre o presente caso e o Recurso Extraordinário nº 878.694. A Ministra acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Roberto Barroso, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

1.11.12 O Voto da Ministra Cármen Lúcia (Vogal)

Após colacionar em seu voto o resumo dos fatos feito pelo Ministro Relator, a Ministra também mencionou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, mediante as quais, o Supremo Tribunal Federal concedeu tutela constitucional às uniões homoafetivas.

Registrou a Ministra que, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, reafirmou o seguinte posicionamento: "todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito" (BRASIL, 2017, p. 77).

Após citar parte do seu voto proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispôs sobre a celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo, ponderou a Ministra que, desde então, as uniões homoafetivas recebem o mesmo tratamento das uniões estáveis heteroafetivas, nos moldes do art. 1.790, do Código Civil de 2002, o qual dispõe que os companheiros só participam da união do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Quanto ao plano fático, a Ministra ponderou ser incontroverso que existia entre o recorrente e o *de cujus* uma relação de união estável, que perdurou por mais de 40 (quarenta) anos.

A Ministra trouxe em seu voto um elemento não apresentado pelos outros Ministros da Corte. Segundo ela, no Anteprojeto da Constituição de 1988, elaborado em 1986 pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, a união estável se fez presente em igualdade de condições com o casamento, na forma do que teria sido o art. 362 da Constituição: "a família, constituída pelo casamento ou por uniões estáveis, baseada na igualdade entre o homem e a mulher, terá a proteção do Estado" (BRASIL, 2017, p. 86). O Anteprojeto, entretanto, não seguiu ao Congresso Nacional em virtude das acirradas e divergentes disputas políticas. Para

corroborar a informação, a Ministra colacionou em seu voto trecho da obra *Tratado de Direito das Famílias: União Estável* (2015), de Rodrigo da Cunha Pereira.[229]

Com base nos precitos de Maria Berenice Dias[230], a Ministra entendeu que a lei não define e nem impõe à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características, presentes no art. 1.723 do Código Civil.

Para a Ministra, concordando com o Ministro Roberto Barroso, o Código Civil de 2002 representou uma verdadeira involução no direito em se tratando da temática das famílias, violando o princípio da vedação ao retrocesso.

Embasada no voto do Ministro Ayres Brito, concedido na ADI nº 4277, assentou que a Constituição Federal não faz qualquer diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente no plano fático.

Ante todo o exposto, a Ministra deu provimento ao recurso, fixando a seguinte tese de repercussão geral: "o art. 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional, regendo-se o direito sucessório de companheiro supérstite em regime de união estável homoafetiva pelo disposto no art. 1.829 e 1.837 daquele mesmo diploma legal" (BRASIL, 2017, p. 92).

Após, o Ministro Marco Aurélio, Relator, fez mais uma intervenção assentando que a tese que defende é única, no sentido de que é constitucional a distinção entre os modelos familiares instituída pelo Código Civil.

Conforme o extrato de ata do recurso, o Ministro Marco Aurélio foi vencido, fixando o Tribunal Superior a seguinte tese: "É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002" (BRASIL, 2017, p. 96).

---

[229] "Na década de 1960, o Supremo Tribunal Federal fincou o esteio para evolução da construção jurisprudencial e doutrinária, por meio das Súmulas n. 380 e 382.
A grande evolução histórica da união estável no Brasil, então denominada concubinato, tem seu marco mais significativo na Constituição da República de 1988. Ao introduzir a expressão entidades familiares, designou e consagrou o princípio da pluralidade das formas de família adotando oficialmente a expressão união estável, em substituição à expressão concubinato.
E assim, o que era tratado exclusivamente no campo do Direito Comercial e Obrigacional muda os rumos para o Direito de Família. Regulamentando o §3º do art. 226 da Constituição Federal vieram as Leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, tratando do direito dos companheiros a alimentos e sucessões, e a 9.278, de 13 de maio de 1996, abrindo o conceito de união estável, que era mais fechado na lei anterior, quando estabelecia o prazo de cinco anos para a caracterização da união estável. E, por último, a incorporação ao texto do Código Civil de 2002 de um título sobre a união estável (arts. 1.723 e 1.727) consolida, de uma vez por todas, a compreensão dessa forma de família em nosso ordenamento jurídico" (PEREIRA apud BRASIL, 2017, p. 88).

[230] Presentes no Manual de Direito das Famílias. 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 180.

Estavam ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli, Celso de Melo e Gilmar Mendes. O julgamento foi presidido pela Ministra Cármen Lúcia. O Tribunal Superior deu provimento ao recurso extraordinário interposto por São Martin Souza da Silva.

Ao longo de todos os votos, foram citados os seguintes precedentes pelos Ministros da Suprema Corte: Recurso Extraordinário nº 878.694, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277.

Os precedentes foram utilizados para embasar as fundamentações jurídicas dos membros da Corte e, por essa razão, serão analisados nesse momento.

1.11.13 Recurso Extraordinário nº 878.694/Minas Gerais

O Recurso Extraordinário nº 878.694 foi interposto por Maria de Fátima Ventura, em desfavor de Rubens Coimbra Pereira e outros. A Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e o Instituto dos Advogados Brasileiros foram arrolados como *amicus curiae.*

Por meio deste recurso, o Supremo Tribunal Federal também discutiu a constitucionalidade do regime sucessório das uniões estáveis, na forma estabelecida pelo art. 1.790 do Código Civil. A questão principal é a mesma do recurso extraordinário anteriormente analisado. A única diferença é que, neste processo, o caso envolveu uma relação heteroafetiva.

O Recurso Extraordinário nº 878.694 teve como relator o Ministro Luis Roberto Barroso. A análise foi dirigida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal. O recurso foi intitulado como o Tema nº 809.

Por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, a Corte deu provimento ao recurso, reconhecendo, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, declarando o direito da companheira de ter acesso à herança do seu ex-companheiro falecido com base no art. 1.829 do Código Civil de 2002. Os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski votaram para negar provimento ao recurso, sendo então vencidos.

1.11.14 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/Rio de Janeiro

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 foi interposta pelo Estado do Rio de Janeiro. O julgamento do caso foi feito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011.

No caso, foi analisada a possibilidade reconhecimento da união homoafetiva como um instituto jurídico. A ADPF nº 132 foi julgada em conjunto com a ADI nº 4.277/DF.

A ADPF nº 132 foi conhecida pelos Ministros do Supremo Tribunal como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Também por votação unânime, os Ministros da Corte acordaram por julgar procedente a demanda, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. O Relator do caso foi o Ministro Ayres Britto.

A presente ADPF pouco analisou questões envolvendo monogamia, bigamia ou concubinato. No entanto, fez preciosíssimas ponderações sobre proibição de discriminação de pessoas em razão da orientação sexual, pluralismo como um valor sociopolítico-cultural, bem como sobre a liberdade para dispor da própria sexualidade.

1.12 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 865.131/Pernambuco – O caso de Severina Germano de Oliveira

O Recurso Extraordinário nº 865.131 – Pernambuco foi interposto pela União, em desfavor de Severina Germano de Oliveira, em 10 de fevereiro de 2015.

O instrumento recursal foi interposto para discutir a possibilidade de pagamento de pensão à pessoa que manteve, por um longo período e com aparência de entidade familiar, relação afetiva com pessoa casada.

Por meio de Decisão Monocrática prolatada em 7 de dezembro de 2016, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso pontuou que estava tramitando uma repercussão geral da matéria, por meio do Recurso Extraordinário nº 669.465, posteriormente substituído pelo Recurso Extraordinário nº 883.168, ainda não julgado à época dos fatos.

Com base no art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou o retorno dos autos à origem, para que fosse aplicada a sistemática da repercussão geral.

Da decisão que negou prosseguimento ao recurso extraordinário, Vera Lúcia Santana recorreu por meio de agravo interno. Neste, sustentou que o caso do processo não se enquadrava exatamente no caso paradigma do Tema nº 526, vez que manteve união estável com o *de cujus* enquanto este estava separado de fato, não se configurando, portanto, o concubinato impuro, instituto que bloqueia o direito ao recebimento de pensão.

O julgado não faz, propriamente, uma análise de mérito da questão. O agravo foi improvido por questões processuais. No entanto, no voto do Relator (único que consta no inteiro

teor do acórdão), são suscitadas questões que são relevantes para essa pesquisa, contribuindo para análise de como a questão era tratada, antes mesmo de se ter uma decisão da repercussão geral em trâmite, à época dos fatos.

O Tribunal de Origem concluiu que, apesar da relação de concubinato, a recorrente mantinha com o falecido, uma relação de união estável. As provas dos autos comprovavam que a relação entre ambos durou, aproximadamente, 8 (oito) anos, e que havia dependência econômica da recorrente em relação ao falecido. Ao que tudo indica, não havia, no caso, a separação de fato do companheiro falecido com a sua esposa. O julgado do Tribunal de Origem foi prolatado na contramão do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que à época, antes de julgar a repercussão geral, já negava pensão à companheira se o *de cujus* não estivesse separado de fato. Extrai-se o seguinte trecho do julgado do Tribunal de Origem:

> Com efeito, nos autos consta que a demandante e o *de cujus* conviveram por aproximadamente 8 anos, conforme se comprova dos depoimentos das testemunhas (fls. 361/364 do termo de audiência de instrução), o que já denota estabilidade significativa, considerado o longo período de convivência, somente finalizada após a morte do instituidor.
> Por conseguinte, fazendo-se uma avaliação conjunta das provas coligidas, por parte da apelante, de sua condição de companheira do *de cujus* apesar da relação concubinária que mantinha com o ex-militar, não restando qualquer dúvida a respeito desta qualidade e da dependência econômica (BRASIL, 2018, p. 3-4).

Na ocasião, o Ministro Relator ponderou que a controvérsia do caso referia-se à possibilidade de se reconhecer direitos previdenciários à pessoa que, durante longo período e com aparência familiar, manteve união com pessoa casada. Para o Ministro, foi acertada a decisão monocrática que determinou o retorno dos autos ao Tribunal de Origem, ante a tramitação do Tema nº 526.

Ocorre que, como demonstrado, o Recurso Extraordinário nº 865.131 foi interposto no ano de 2015. O Tema nº 526 só veio a ser julgado em agosto de 2021, 6 (seis) anos após a interposição do recurso.

Ante a dependência econômica da companheira, cabalmente comprovada nos autos, chama-se atenção para os possíveis efeitos negativos decorrentes da tamanha demora na análise do caso pelo Supremo Tribunal Federal, pois conforme as normas constantes no Regimento Interno do Supremo Tribunal e no antigo Código de Processo Civil de 1973 (vigente à época dos fatos) o recurso interposto pela parte recorrente foi sobrestado.

1.13 Mandado de Segurança nº 32.652/Distrito Federal – O caso de Raimunda Alves de Oliveira

O Mandado de Segurança nº 32.652 foi impetrado por Raimunda Alves de Oliveira em desfavor do Tribunal de Contas da União. O recurso foi dirigido à Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e foi relatado pela Ministra Cármen Lúcia.

Em sessão virtual realizada no período de 17 a 24/04/2020, por maioria dos votos, os Ministros acordaram em julgar procedente o pedido, concedendo a segurança para cassar o Acórdão nº 6.104/2013 proferido pelo Tribunal de Contas da União, garantindo à impetrante a pensão por morte que lhe foi anteriormente concedida pelo Ministério da Educação, por ocasião do falecimento de seu companheiro Egídio Barbosa Maciel.

1.13.1 Síntese fática do caso

Conforme o andamento processual constante no *site* do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança, com pedido de liminar, foi protocolado em 04 de dezembro de 2013, por, como já mencionado, Raimunda Alves de Oliveira.

O recurso foi interposto contra ato praticado pelo Presidente do Tribunal de Contas da União (TCU), que determinou o cancelamento do pagamento da pensão à recorrente. Raimunda Alves de Oliveira, em suas alegações, afirmou que era beneficiária de pensão vitalícia instituída por Egídio Barbosa Maciel, ex-servidor público do Ministério da Educação.

Raimunda Alves de Oliveira teve uma relação íntima afetiva com Egídio Maciel, que era juridicamente casado. Da relação, foram concebidos dois filhos. À época do trâmite da ação no Supremo Tribunal Federal, a requerente tinha, aproximadamente, 74 (setenta e quatro) anos e não tinha nenhum outro meio de subsistência além da pensão recebida.

Segundo as informações constantes no inteiro teor do acórdão, em data não divulgada, o servidor público faleceu. Antes do seu falecimento, fez um acordo em uma ação de alimentos com Raimunda Alves de Oliveira, por meio da qual foi reconhecida a união estável mantida entre eles e a dependência econômica de Raimunda. Neste documento, Raimunda Alves de Oliveira e Egídio Barbosa Maciel declararam ter convivido durante muitos anos, nascendo dessa união dois filhos.

Conforme informações constantes nos autos do processo, a sentença que homologou o acordo determinou, em favor da impetrante, o pagamento de pensão no percentual de 25% (vinte e cinco por cento) dos rendimentos brutos de Egídio Barbosa Maciel.

Quando do falecimento de Egídio Maciel, o Ministério da Educação determinou a partilha da pensão entre a companheira Raimunda Alves e Norma Rios Maciel, viúva, na

proporção de 50% (cinquenta por cento). Informou a interessada que recebeu a pensão em divisão com a viúva do servidor até 2005, quando ela faleceu e passou a recebê-la de maneira integral.

Em novembro de 2013, a impetrante recebeu um documento do Ministério da Educação comunicando o cancelamento do benefício, em obediência ao que determinou o Acórdão nº 6.104/2013, do Tribunal de Contas da União.

O Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 6.104/2013[231], negou a concessão de pensão à companheira por ausência de reconhecimento judicial da união estável. Em que pese a alegação de que não havia o reconhecimento judicial da relação, há no acórdão a informação de que, no formulário de concessão de pensão civil de Egídio Barbosa, constavam os nomes de Raimunda Alves e Norma Rios Maciel.

No mandado de segurança, a interessada requereu liminar para suspender a decisão da autoridade coatora, com o consequente restabelecimento do pagamento da pensão a seu favor, bem como, no mérito, a cassação do Acórdão nº 6.104/2013 prolatado pelo Tribunal de Contas da União, restabelecendo-se, definitivamente, o pagamento da pensão.

Em decisão monocrática, a Ministra Relatora Cármen Lúcia deferiu a medida liminar requerida, suspendendo os efeitos do Acórdão do Tribunal de Contas da União nº 6.104/2013, determinando o restabelecimento da pensão.

Na ocasião, a Ministra notificou o Tribunal de Contas da União, a Advocacia-Geral da União e o Procurador-Geral da República para apresentação de manifestação.

Em sua manifestação, a Procuradoria-Geral da República, representada pelo seu Subprocurador-Geral, recomendou a denegação da ordem. Na ocasião, questionou os efeitos gerados pela sentença que homologou o acordo na ação de alimentos envolvendo os interessados para fins de reconhecimento de união estável.

Para a Procuradoria-Geral da República, não havia dúvidas de que existiam provas de convívio entre os interessados aptas a gerar o pagamento de alimentos. No entanto, chamou atenção para o fato de que, ao tempo de seu falecimento, o ex-servidor público ainda era casado com uma terceira pessoa. Existiriam, então, dois títulos jurídicos concomitantemente eficazes.

A suposta união estável, poderia se constituir, em suas palavras, em um verdadeiro concubinato, situação jurídica que deslegitimaria a pretensão da Impetrante. Para fundamentar

---

[231] O acórdão foi assim ementado:
PESSOAL. PENSÃO CIVIL. PERCEPÇÃO SIMULTÂNEA POR BENEFICIÁRIAS VIÚVA E COMPANHEIRA. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO JUDICIAL. LEGALIDADE E REGISTRO DE UM ATO. ILEGALIDADE E NEGATIVA DE REGISTRO DO OUTRO ATO.

o seu argumento jurídico, a Procuradoria se valeu do Recurso Extraordinário nº 590.779, o qual teve como Relator o Ministro Marco Aurélio, já analisado nesta pesquisa. Ademais, ponderou que a esposa do falecido não teria participado da ação de alimentos que determinou o pagamento de pensão à recorrente.

À época do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, apenas Raimunda Alves de Oliveira estava viva. Egídio e sua esposa (viúva) já tinham falecido.

Os fatos indicam que, em nenhum momento, a viúva do ex-servidor questionou o pagamento de pensão na forma como foi determinado pelo Ministério da Educação – no montante de 50% (cinquenta) por cento para cada.

Após a manifestação da Procuradoria-Geral da República, em 2016, a Ministra Cármen Lúcia reconsiderou os termos de sua decisão prolatada há mais de dois anos, cassando a liminar deferida.

Após o mandado de segurança ter sido submetido à Segunda Turma do Supremo Tribunal para julgamento de mérito, o Ministro Dias Toffoli externou a sua dúvida, que se relacionava, precisamente, com o acordo que foi homologado em juízo entre a Impetrante e o ex-servidor público falecido.

Com base nas provas dos autos, o recebimento da pensão pela viúva e pela companheira, em cota-partes iguais de 50% (cinquenta por cento), foi confirmado pela Ministra Relatora Cármen Lúcia e pelo Ministro Dias Toffoli.

O Tribunal de Contas da União não reconheceu a existência de união estável entre Egídio e Raimunda. O Ministério Público, por sua vez, não negou que o falecido e sua esposa estavam separados de fato, dando margem para o reconhecimento de uma união estável entre ele e a Impetrante.

Ante todas as questões específicas que permeavam o caso, o Ministro Dias Toffoli pediu vistas dos autos.

1.13.2 O voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia

Para negar a segurança ao recurso interposto, após analisar questões processuais, a Ministra Relatora Cármen Lúcia se valeu do Recurso Extraordinário nº 397.762/BA, já analisado nesta pesquisa, que fez a distinção entre os institutos da companheira e da concubina. Neste, foi também fixada a tese de que a concessão de pensão por falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se ilegítimo, para fins de concessão de pensão por morte, o relacionamento afetivo decorrente de concubinato.

Desde o início do voto, restou claro que a Ministra Relatora não se convenceu do fato de que Raimunda Alves de Oliveira era a efetiva companheira de Egídio Barbosa Maciel, pois, ao se referir à Impetrante, igualou-a à figura de concubina, mesmo existindo provas indicativas da existência de união estável entre eles. Vejamos:

> Na espécie em exame, o reconhecimento da ausência de base legal para o rateio da pensão entre a viúva e a alegada companheira fundamenta-se na impossibilidade jurídica de concomitância da manutenção de casamento com o concubinato, como expresso no julgamento do Recurso Extraordinário n. 397.762/BA, no qual assentada a distinção entre os institutos da união estável e do concubinato, este inadmitido no sistema previdenciário brasileiro: (…) (BRASIL, 2020, p. 15).

O Ministério da Educação, órgão administrativo que concedeu a pensão para a companheira e viúva do servidor público, teria se equivocado ao analisar a situação. Para a Ministra, a existência de um casamento exclui o pagamento de pensão à companheira.

Importante pontuar que a Relatora não trouxe em seu voto os elementos de prova que se baseou para considerar Raimunda Alves de Oliveira como concubina do ex-servidor.

Para a Ministra, a validação da pensão vitalícia concedida à recorrente minimizaria a oportunidade de a *viúva* do ex-servidor fazer prova da ausência de separação de fato e da existência de concubinato entre ele e Raimunda. Reitera-se que a viúva, tão protegida pela Relatora, já havia falecido ao tempo da prolação do voto.

A sentença proferida na ação de alimentos nº 2004.07.01.0022847-5, que tramitou perante a Terceira Vara de Família, Órfãos e Sucessões da Circunscrição Judiciária de Taguatinga, no Distrito Federal, não foi considerada como meio de prova para se comprovar a existência de união estável entre a Impetrante e o ex-servidor público falecido. Na ocasião, a Ministra colacionou parte do parecer exarado pela Procuradoria-Geral da República sobre o caso, no sentido de que a ratificação do acordo na ação de alimentos tem pouca influência sobre o primeiro título jurídico – do casamento -, ante a existência de casamento com terceira pessoa, que não participou da produção do segundo ato – na ação de alimentos. Na mesma linha de pensamento da Ministra, a Procuradoria-Geral da República equiparou a união estável vivida entre Raimunda e Egídio ao concubinato.

> [a]pesar de existir prova do contrário e da confissão unilateral do convivente, para dar azo ao encargo dos alimentos, fato é que não se refuta, igualmente, a existência de vínculo matrimonial com terceira pessoa. Em tal situação, aparentemente existem dois títulos jurídicos, concomitantemente eficazes, que, por isso, se condicionam mutuamente.
> A ratificação judicial, por meio de homologação, do suscitado acordo firmado entre a impetrante e o ex-servidor tem pouca influência sobre os efeitos derivados de título pretérito, representado pelo casamento com terceira pessoa, que não participara da produção do segundo ato. Noutras palavras, a suposta união estável pode, na verdade,

> constituir-se de verdadeiro concubinato, situação jurídica que não autoriza pretensão securitária derivada.
> Apesar desse cenário, não se nega a possibilidade de que o casal estivesse separado de fato – circunstância na qual estaria franqueado a constituição de união estável (art. 1.723, §1º, do CC2). Todavia, os documentos juntados aos autos não possibilitam nenhum juízo em tal sentido.
> Em suma, não há, no caso, direito líquido e certo, porque a impetrante não apresenta prova suficiente e pré-constituída que dê base ao direito postulado.
> Parece ser o caso de denegação da ordem, sem prejuízo de se garantir à impetrante o direito de acessar as vias ordinárias e valer-se dos módulos de produção probatória que permitam aprofundar a cognição do julgador (BRASIL, 2020, p. 16-17).

Para corroborar esse entendimento, a Ministra também colacionou no voto o Mandado de Segurança nº 33.622, de sua relatoria, julgado em 2015, também já analisado na presente pesquisa. Neste, restou sedimentado o entendimento de que não há base legal para se fundamentar o rateio de pensão entre viúva e companheira, ante ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 397.762/BA, mediante o qual foi feita a distinção entre os institutos do concubinato e união estável.

1.13.3 O voto do Ministro Dias Toffoli

Após colacionar em seu voto os fundamentos do voto da Ministra Relatora, o Ministro inaugurou a divergência, elencando o seu posicionamento por meio de diversas premissas.

Em primeiro lugar, o Ministro destacou que a decisão do Tribunal de Contas da União está fundamentada na possiblidade de percepção simultânea de pensão por beneficiárias viúva e companheira apenas quando a união estável seja reconhecida judicialmente.

Ocorre que, para o Ministro, não existiam controvérsias entre as alegações apresentadas pela Impetrante, as provas constantes nos autos e os fatos considerados pelo Tribunal de Contas da União, ao proferir o acórdão guerreado, sobre o fato de que foi concedida a pensão em divisão entre Raimunda Alves de Oliveira e Norma Rios Maciel.

Para o Ministro, o fundamento adotado pelo Tribunal de Contas da União, no sentido de que é necessário título judicial reconhecendo a união estável para concessão de pensão em decorrência de morte, não subsiste ante as provas nos autos, que comprovam que os interessados tiveram uma relação afetiva, que perdurou durante anos. Destacou o Ministro, que no acordo de alimentos, Raimunda e Egídio declararam ter convivido durante muitos anos, advindo da relação dois filhos. O Ministro também chamou atenção para o fato de que não há, na decisão do Tribunal de Contas da União, referência a qualquer ato de oposição apresentado por Norma Rios Maciel, quando da concessão de rateio da pensão pelo Ministério da Educação.

O Ministro, reconheceu a força do título judicial constante no acordo feito na ação de alimentos nº 2004.07.1.022847-5, apta a desencadear o reconhecimento da união estável entre Raimunda e Egídio.

Na ocasião, foi destacado o fato de que Norma Rios Maciel já havia falecido, não se figurando legítimo "que, sob o fundamento de se preservar interesse não mais possível de ser exercido pela titular, se esvazie a força do título judicial formado nos autos do Acordo de Alimentos nº 2004.07.1.022847-5" (BRASIL, 2020, p. 13).

Ao final, o Ministro divergiu parcialmente, então, dos fundamentos do voto da Ministra Relatora, julgando procedente o pedido para cassar o Acórdão nº 6.104 do Tribunal de Contas da União, garantindo à impetrante o pagamento da pensão em decorrência do falecimento de Egídio, na forma em que foi concedida pelo Ministério da Educação.

1.13.4 O voto do Ministro Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes também acompanhou Dias Toffoli na divergência.

Para o Ministro, o único fundamento utilizado pelo Tribunal de Contas da União para cancelar o pagamento de pensão à Raimunda foi, tão apenas, a falta de título judicial reconhecendo expressamente a relação como união estável. Em sua visão, não havia nos autos quaisquer indícios ou provas concretas que indicassem que a relação era de concubinato. Esse fato teria sido comprovado pela concessão de rateio da pensão entre Raimunda e Norma.

O acordo homologado por sentença judicial e a declaração registrada em cartório no ano de 1991, não mencionada pelos outros Ministros, mediante a qual o ex-servidor declarava conviver com a Impetrante, foram destacados pelo Ministro Alexandre de Moraes.

O cerne da questão envolvendo a interessada teria residido em torno da possibilidade de o Tribunal de Contas da União condicionar o reconhecimento da união estável à existência de decisão judicial, para fins de concessão de benefício previdenciário.

Segundo o Ministro, o condicionamento do reconhecimento da união estável ao reconhecimento judicial viola o entendimento consolidado no Mandado de Segurança nº 33.008 analisado pelo Supremo Tribunal Federal, já abordado nesta pesquisa. Neste, o Supremo consolidou a tese de que o reconhecimento da união estável pode ser feito de maneira administrativa, não havendo necessidade de decisão judicial nesse sentido.

Em suas conclusões, o Ministro divergiu de Cármen Lúcia e votou pela concessão da ordem, acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Dias Toffoli.

Na sessão virtual, portanto, a Ministra Cármen Lúcia votou pela denegação da ordem, cassando a medida liminar deferida. O Ministro Gilmar Mendes, por meio de voto não divulgado, acompanhou a Relatora.

O Ministro Dias Toffoli inaugurou a divergência para conceder a ordem para cassar o Acórdão nº 6.104/2013-TCU, garantindo à impetrante o pagamento do benefício previdenciário na forma em que foi concedido pelo Ministério da Educação. Os Ministros Alexandre de Moraes e Celso de Mello (voto não divulgado) acompanharam a divergência.

Conforme o extrato da ata, não participaram do julgamento os Ministros Ricardo Lewandowski e Edson Fachin.

1.14 Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE (Tema nº 529) - o caso de Ricardo

O Recurso Extraordinário nº 1.045.273 foi interposto por C.L.S em desfavor de M.J.O.S e E.S.S em 04 de maio de 2017.

O Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) e a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) foram incluídas no processo na qualidade de *amicus curiae.* A página de andamentos processuais dos autos indica que o Instituto Brasileiro de Direito de Família também apresentou pedido para figurar no processo na qualidade de *amicus curiae*, mas foi indeferido.

Em 01 de fevereiro de 2019 o processo foi catalogado como segredo de justiça pelo Ministro Alexandre de Moraes, Ministro Relator do caso.

Destaca-se que o inteiro teor do acórdão não foi disponibilizado para a consulta pública no site do Supremo Tribunal Federal. No entanto, em virtude de o julgamento ter acontecido de forma virtual, na página "sessão virtual" do processo, é possível acessar a minuta de cada voto proferido.

O julgamento do caso foi feito por sessão virtual, pelo período de 11 de dezembro de 2020 a 18 de dezembro de 2020. O caso foi analisado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Em votação disputada, os Ministros decidiram, por maioria, negar provimento ao recurso. Os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Roberto Barroso, Marco Aurélio e Cármen Lúcia foram vencidos. Vejamos a ementa com a respectiva tese para fins de repercussão geral fixadas na ocasião do julgamento:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. A questão constitucional em jogo

> neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro". 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL, 2020).

1.14.1 Síntese fática do caso

Como o processo foi catalogado como segredo de justiça pelo Supremo Tribunal, os nomes das partes envolvidas não foram divulgados, razão pela qual não serão expostos nesta análise. No entanto, para fins de ilustração do caso, serão utilizados nomes fictícios, não tendo estes qualquer relação com os nomes verdadeiros das partes envolvidas.

Bruna e Antônio tiveram, por anos, um relacionamento afetivo. Após um tempo e ante a estabilidade da relação, buscaram reconhecimento jurídico de sua relação como união estável. Consta, no Relatório elaborado pelo Ministro Relator, a informação de que o reconhecimento da relação foi feito por uma declaração judicial de união estável, devidamente transitada em julgado.

Paralelamente à união estável mantida com Bruna, Antônio também manteve, por aproximadamente 11 (onze) anos, uma relação íntima e duradoura com Ricardo. Antônio vivenciava então, concomitantemente, duas relações afetivas: uma heteroafetivas com Bruna, e

outra homoafetiva com Ricardo. Há no processo a informação de que Antônio teve um filho com Bruna.

Em 2002, Antônio faleceu e, visando receber os benefícios jurídicos que lhe eram de direito, Ricardo ingressou com uma ação judicial, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE), visando o reconhecimento da sua sociedade de fato homoafetiva, inclusive para fins de efeitos previdenciários.

O Relatório do caso indica que, em sede de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE) reconheceu a existência de sociedade de fato homoafetiva, concedendo os efeitos previdenciários dela recorrente.

Inconformada com a situação, Bruna recorreu ao segundo grau do Tribunal de Justiça visando a reforma da sentença prolatada.

A 1º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe reformou a sentença proferida, entendendo que a existência de reconhecimento de união estável, com declaração judicial transitada em julgado, impediria o reconhecimento de um novo vínculo referente ao mesmo período. Em trecho do acórdão colacionado no relatório do recurso extraordinário, percebe-se que o juízo de segundo grau considerou a monogamia como um princípio do direito, que rege o ordenamento jurídico brasileiro: "pois o ordenamento jurídico brasileiro, cujo sistema rege-se pelo princípio da monogamia, não admite a existência simultânea de mais de uma entidade familiar, nos moldes do art. 226, §3º da Constituição Federal e do art. 1.723 do Código Civil" (BRASIL, 2021, p. 1).

O acórdão recorrido foi assim ementado pela 1º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe:

> APELAÇÃO CÍVEL – CONSTITUCIONAL, CIVIL E PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – RELAÇÃO HOMOAFETIVA – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO COM STATUS DE UNIÃO ESTÁVEL, INCLUSIVE PARA FINS DE RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO NOS ARTIGOS 226, § 3o, DA CF E 1723 DO CC – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – O JULGADOR NÃO PODE ESQUIVAR-SE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – AUTORIZADO, NESTE CASO, O EMPREGO DOS MÉTODOS INTEGRATIVOS DA LEI, INCLUSIVE DA ANALOGIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 4o DA LICC – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS SEXOS – HIPÓTESE DIVERSA IMPEDE O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA COMO REQUERIDO PELO APELADO – EXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO JUDICIAL DE UNIÃO ESTÁVEL HAVIDA ENTRE O DE CUJUS E A PRIMEIRA APELANTE EM PERÍODO CONCOMITANTE – CONCUBINATO DESLEAL – INADMISSIBILIDADE PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, CUJO SISTEMA NÃO ADMITE A COEXISTÊNCIA DE DUAS ENTIDADES FAMILIARES, COM CARACTERÍSTICAS DE PUBLICIDADE, CONTINUIDADE E DURABILIDADE VISANDO A CONSTITUIÇÃO DE

> FAMÍLIA – ANALOGIA COM A BIGAMIA – PRECEDENTES DO STJ E DO TRIBUNAL DE MINAS GERAIS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – VOTAÇÃO UNÂNIME (BRASIL, 2020, p. 1).

O sistema de busca de acórdãos do Supremo Tribunal Federal indica que foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal analisou, de maneira detida, a temática da monogamia por meio de acórdão[232]. Casos similares já tinham sido analisados anteriormente, mas nenhum deles enfrentou a questão de maneira direta. Isso quer dizer que, apenas após quase 33 (trinta e três) anos da promulgação da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão da monogamia no sistema jurídico brasileiro por meio de um colegiado. Inúmeros outros casos, com questões jurídicas similares ao presente processo, passaram pelas mãos do Supremo sem a análise dessa importante questão: o que representa a monogamia para o sistema jurídico brasileiro e qual o papel que ela assume nesse sistema?

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe reconheceu a existência de uma relação homoafetiva estável, mas negou-lhe os direitos pretendidos sob a seguinte fundamentação:

> Não obstante a evolução das decisões prolatadas pelas Cortes Superiores no sentido de conferirem às relações entre pessoas do mesmo sexo status de união estável, com possibilidade de produzirem efeitos no universo jurídico, inclusive de gerarem direito à percepção de benefícios previdenciários por morte do companheiro, motivo diverso impede, no caso vertente, o reconhecimento da relação homoafetiva, conforme requerido, qual seja: a existência de declaração judicial de união estável concomitante, havida entre o de cujus e a primeira apelante.
> E embora a prova constante dos autos seja suficiente para caracterizar a existência de um relacionamento entre o apelado e o falecido, os depoimentos testemunhais e a sentença do Juízo de Direito da 1ª Vara de Assistência Judiciária, juntada às fls. 31/32 dos autos, já transitada em julgado, conforme consulta no site do TJSE (Proc. Nº 200330100086), dão conta de que o de cujus mantinha outro relacionamento público, contínuo, duradouro e com o objetivo de constituição de família em período coincidente com aquele no qual o recorrido pretende ver reconhecida a união estável. Destarte, tendo em vista a declaração judicial da união estável entre o falecido e a primeira apelante, Sra. Maria José de Oliveira Silva, não é possível o reconhecimento da relação homoafetiva, mesmo que sob a roupagem de sociedade de fato, como pleiteado, pois o ordenamento jurídico brasileiro, cujo sistema rege-se pelo princípio da monogamia, não admite a existência simultânea de mais de uma entidade familiar, nos moldes do art. 226, § 3º da Constituição Federal de do art. 1723 do Código Civil. (fl. 136) (BRASIL, 2020, p. 1).

Em seu recurso extraordinário, Ricardo alegou que o Tribunal de origem violou o art. 1º, inciso III, o art. 3º, inciso IV e o art. 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Para o Impetrante, estava comprovado que a relação afetiva durou por um período superior a 11 (onze) anos, não podendo o sistema jurídico neutralizar essa situação, sob pena de violar os princípios

[232] No sistema de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há apenas registros de decisões monocráticas prolatadas anteriormente a 2021.

da dignidade da pessoa humana e da igualdade. A sustentação foi também fundamentada no suposto tratamento discriminatório promovido pelo Tribunal de origem no tratamento da questão.

Ao ser submetido ao Supremo Tribunal Federal, após a análise do processo no Plenário, foi reconhecida a repercussão geral da controvérsia. Junto com o reconhecimento da repercussão geral, o tema do recurso foi tombado na Suprema Corte sob o seguinte número e teor: "529 – Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte" (BRASIL, 2021, p. 1).

1.14.2 O Voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes

Ao iniciar o seu voto, o Ministro Relator logo pontuou que o Supremo Tribunal Federal não possui precedente conclusivo sobre a temática. De fato, os precedentes que mais se destacaram ao longo de toda a atuação da Suprema Corte foram os Recursos Extraordinários de nº 397.762, publicado em 2008, e de nº 590.779, de 2009, ambos já analisados nesta pesquisa e relatados pelo Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Alexandre de Moraes destacou que não estava inserido no cerne da questão o relacionamento homoafetivo em si, mas a possibilidade de se reconhecer duas uniões estáveis, que ocorreram em períodos concomitantes e os efeitos jurídicos decorrentes delas.

Analisando o acórdão impugnado, o Ministro concluiu que não houve qualquer discriminação ou homofobia no julgado. A relação de Antônio e Ricardo, na verdade, não poderia ser tutelada ante a existência de uma união estável reconhecida, no mesmo período da relação mantida pelo Impetrante. Na ocasião, destacou que, ao analisar a ADPF n. 132, o Supremo Tribunal Federal não tutelou a bigamia, mas tão apenas concedeu os mesmos direitos das relações heteroafetivas às homoafetivas.

Destaca-se que, em relação especificamente à temática da monogamia, o Ministro fundamentou o seu voto apenas nos dois recursos extraordinários supracitados, proferidos nos anos de 2008 e 2009. Foi colacionado em seu julgamento trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário nº 397.762, que concedeu alto enfoque ao art. 226, §3º da Constituição Federal, especificamente no que diz respeito à facilitação da conversão da união estável em casamento. Neste caso, o Ministro Marco Aurélio ponderou que a monogamia seria aconselhável – por objetivar a paz entre o casal - , e que o *varão* (o falecido do caso) encontrava-se na *chefia da família oficial, vivendo com a mulher.*

Inegável que, preceitos do Código Civil de 1916, extremamente patriarcais e misóginos, se fizeram presentes nos julgados dos anos de 2008, 2009 e, agora, no ano de 2021, pois o voto proferido pelo Ministro foi utilizado como fundamento pelo Ministro Alexandre de Moraes no presente recurso extraordinário em análise.

Após colacionar e mencionar os dois recursos extraordinários, sobre o panorama jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em relação à temática em análise, ponderou o Ministro Alexandre de Moraes:

> Esse é, até agora, o panorama jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito de julgados que guardem pertinência com o tema que ora se examina, e, ao que me parece, deve ser mantido, vedando o reconhecimento de uma segunda união estável – independentemente de ser hétero ou homoafetiva – quando demonstrada a existência de uma primeira união estável juridicamente reconhecida (BRASIL, 2020, p. 5).

Esse entendimento já perdura há mais de 13 (treze) anos na Suprema Corte sem muitas alterações.

Prosseguindo em seus fundamentos, o Ministro Alexandre de Moraes elencou, com base em diversas doutrinas citadas, as características da união estável e os requisitos para se reconhecer a relação afetiva como união estável. Fundamentado no art. 1.521 do Código Civil, foi demonstrado também que, em determinados casos, a relação não se mostra como uma união estável, mas como uma relação de concubinato. Um dos obstáculos ao reconhecimento da união estável seria a ausência de singularidade nas relações afetivas, sejam elas com cônjuge ou com companheiro, pois, para o Ministro, o sistema jurídico brasileiro, na mesma linha de entendimento de outros sistemas *ocidentais*, se pauta no "princípio da monogamia", "segundo o qual uma mesma pessoa não pode contrair e manter simultaneamente dois ou mais vínculos matrimoniais" (BRASIL, 2021, p. 7). Não seguir o "princípio da monogamia" significaria, então, a caracterização do crime de bigamia, ainda vigente no art. 235 do Código Penal Brasileiro.

Ao definir a monogamia como um "princípio" adotado pelo Direito brasileiro, o Ministro não elenca a fonte constitucional, doutrinária ou jurisprudencial utilizada para fazer essa afirmação. Na fundamentação, foi mencionado apenas o artigo que regulamenta a bigamia no Código Penal Brasileiro, de ordem infraconstitucional.

Pautado no Código Civil de 2002, o Ministro Alexandre de Moraes também fez alusão ao art. 1.566 do Código Civil, que traz, dentre os deveres dos cônjuges, a exigência de fidelidade recíproca.

Questiona-se: onde reside o fundamento constitucional para a instituição do princípio da monogamia? Na norma infraconstitucional?

Os deveres dos companheiros, presentes no art. 1.724 do Código Civil, também foi utilizado como fundamento. Alinhado aos deveres dos cônjuges, faz-se presente o compromisso com a fidelidade sexual e afetiva durante toda a união, conceito este que, nas palavras do Relator, é mais abrangente que a fidelidade dos cônjuges.

Quando do julgamento do caso, o Superior Tribunal de Justiça já tinha analisado caso similar (RESP 912.926/RS, publicado em 2011) e se posicionado pela impossibilidade de reconhecimento de uniões estáveis paralelas e concomitantes, razão pela qual foi também utilizada como fundamento pelo Ministro. Neste, foi sedimentado o entendimento de que o ponto chave para o reconhecimento da união estável é a inexistência de relacionamento duradouro concorrente à união que se pretende ter proteção jurídica.

Para o Ministro Relator, o simples fato de existir, no caso concreto, declaração judicial reconhecendo a união estável, devidamente transitada em julgado, seria um impeditivo ao reconhecimento da segunda união estável, em razão da incidência do princípio da *exclusividade* ou da monogamia. A configuração da monogamia, em suas palavras, seria um requisito fundamental para se conceder reconhecimento jurídico a uma relação afetiva.

O art. 226, §3º da Constituição Federal, que trata da facilitação da conversão da união estável em casamento, foi utilizado como fundamento do princípio da exclusividade ou da monogamia pelo Ministro.

> Por todo o exposto, concluo que a existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, §3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamento hétero ou homoafetivos (BRASIL, 2020, p. 10).

Com base no princípio da monogamia e na pré-existência de união estável, o relacionamento afetivo mantido entre Antônio e Ricardo foi posto para fora da tutela do direito de família: "que seria incompatível com o deferimento de *status* jurídico a duas uniões estáveis, de maneira que essa relação deve ser enquadrada juridicamente fora da seara do direito de família, nos termos da legislação infraconstitucional" (BRASIL, 2020, p. 10).

A conclusão do Ministro é enigmática, pois confirma o entendimento de que, ao não seguirem os padrões e normas impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro, os indivíduos são colocados, literalmente, da porta do direito para fora, com chutes e pontapés. Se não se

encontram na seara do direito de família, em que parte do direito esses indivíduos, como Ricardo, se inserem?

Ao final, o Ministro negou provimento ao recurso extraordinário.

1.14.3 Os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli

Os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli acompanharam o Relator em seus votos.

O Ministro Gilmar Mendes pontuou que o Tema nº 529, sob análise, é similar ao Tema nº 526. Enquanto o presente discute a possibilidade ou não de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte, no Tema nº 526 se analisará a possibilidade de reconhecimento de direitos previdenciários à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada.

O voto do Ministro foi subdividido em dois momentos. No primeiro, o Ministro realizou uma breve análise do contexto constitucional envolvendo a família, ocasião em que, com fundamento no art. 226 da Constituição Federal, pontuou que a ordem constitucional elencou a família como a base da sociedade brasileira.

O *postulado* da monogamia, assim chamado pelo Ministro, foi elencado apenas em plano infraconstitucional, precisamente nos arts. 1.723, §1º, 1.521 e 1.516, §3º do Código Civil de 2002. Esses dispositivos regulamentam, respectivamente, que: a) a união estável não poderá ser reconhecida se os impedimentos do art. 1.521 do Código se fizerem presentes (o qual elenca os impedimentos ao casamento, dentre eles o impedimento de uma pessoa já casada contrair novo matrimônio); b) a impossibilidade de pessoas casadas se casarem novamente; e c) a nulidade do registro civil de casamento religioso se, antes de sua constituição, qualquer um dos cônjuges houver contraído matrimônio civil com outra pessoa.

Na ocasião, não foi demonstrado o fundamento constitucional em que o *postulado* da monogamia se pauta. O Ministro apenas mencionou que a interpretação do art. 226, §3º da Constituição, cumulados com o art. 1.726 do Código Civil – que tratam da conversão da união estável em casamento – indica a impossibilidade de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes e paralelas.

Diferentemente dos outros julgados que analisaram casos parecidos, o Ministro chamou atenção para as possíveis consequências que seriam decorrentes do duplo reconhecimento de uniões estáveis. Os reconhecimentos desencadeariam relevantes impactos a institutos jurídicos que já estão amplamente consolidados no nosso ordenamento jurídico, como a questão da sucessão, da partilha de bens no Direito Civil, na definição dos dependentes econômicos no

plano de saúde e na declaração do imposto de renda. Reconhecer, concomitantemente, duas uniões estáveis representaria, em suas palavras, a abertura da Caixa de Pandora, por gerar consequências e efeitos imprevisíveis, que não foram previstas e esperadas pelo nosso sistema jurídico brasileiro.

Diferentemente do Ministro Relator, Gilmar Mendes trouxe como fundamento jurídico dois julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 1754008/RJ, publicada em 2019, e o AgRg no Ag 1130816/MG, publicado em 2010.

No REsp nº 1754008/RJ, que teve como Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, se não há separação de fato, não há como se reconhecer união estável de pessoa casada. Já no AgRg no Ag nº 1130816/MG, que teve como Relator o Ministro Vasco Della Giustina, pautado na *primazia da monogamia*, o Superior Tribunal de Justiça ponderou que o Tribunal consagrou o entendimento sobre a impossibilidade jurídica de se reconhecer uniões estáveis paralelas. Apenas uma relação poderia ser considerada como união estável. As outras, por sua vez, poderão ser enquadradas, *quando muito*, apenas como concubinato ou como sociedade de fato.

O Ministro também se valeu dos entendimentos consolidados no MS nº 33008, publicado em 2016, e do RE 590.779, publicado em 2009, prolatados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ambos já investigados nesta pesquisa.

Em raríssima manifestação nesse sentido, no final do seu voto, reconheceu a delicadeza do caso, especialmente por envolver pessoas em situação de vulnerabilidade, pois, na maioria dos casos, há a dependência financeira do *de cujus*. Contudo, o Ministro votou pela negação de provimento ao recurso, pois, em sua visão, o legislador, ao editar as regras de Direito Civil, optou por *ser pragmático ao negar o reconhecimento de entidades familiares simultâneas*. Em sua opinião, essa saída pragmática deve ser seguida e respeitada.

O Ministro Dias Toffoli, na esteira do entendimento exarado pelo Ministro Gilmar Mendes, também acompanhou o Relator, recomendando o não provimento do recurso extraordinário interposto.

Apesar de seguir o mesmo entendimento do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Dias Toffoli sugeriu o não provimento do recurso por fundamentos não diretamente abordados por Gilmar Mendes. Em primeiro lugar, analisou o reconhecimento da união estável e do casamento como entidades familiares pela Constituição Federal, a consequente aproximação desses regimes e a distinção em relação ao instituto do concubinato previsto no Código Civil de 2002.

Pautado na obra de Cleber Otero e Nilsinho Silva intitulado como *A Função Social do Direito nas Atuais Sociedades Complexas: uma análise crítica a partir da diferenciação*

funcional sistêmica Luhmanniana, o Ministro ponderou que, graças à sociologia jurídica, o direito provém da sociedade, isto é, foi criado para ela e nela se inspira, sendo um reflexo dos costumes, objetivos, valores, anseios e necessidades sociais. Em contrapartida, impõe-se sobre ela para atuar como um instrumento de controle, por meio de suas normas proibitivas e autorizativas para moldar a realidade.

Essa digressão foi feita para demonstrar que, anteriormente à Constituição de 1988, a união estável não era reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Hoje ela se faz presente justamente por ser uma necessidade jurídica emanada da sociedade, isto é, ante ao elevado número de formações de uniões estáveis na sociedade, o sistema jurídico incorporou e reconheceu essa entidade familiar, digna de proteção.

O art. 226, §3º, da Constituição Federal, ao reconhecer a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar e mandar a lei infraconstitucional facilitar a sua conversão em casamento, estaria atuando dentro da função regulatória direito.

Para o Ministro, a Constituição, ao dispor sobre a conversão da união estável em casamento, estaria dispondo também que são dois institutos jurídicos distintos, com características próprias. No entanto, a distinção não implicaria na hierarquização entre eles. Para corroborar esse entendimento, foi citado o Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, que decidiu que o regime sucessório aplicável ao casamento deve ser o mesmo aplicado à união estável.

O Ministro Dias Toffoli acompanhou o Ministro Gilmar Mendes na parte relacionada previsão da monogamia pelo Código Civil de 2002, especialmente no que toca à previsão do art. 1.521 - que estipula que pessoas casadas não podem se casar -, e do art. 1.566 – que elenca dentre os deveres do cônjuge a fidelidade recíproca. A partir da interpretação destes dispositivos, concluiu que "uma pessoa com união estável não poderá ter simultaneamente reconhecido pelo Estado outro vínculo familiar" (BRASIL, 2020, p. 7). O relacionamento existente a outro juridicamente reconhecido configurar-se-ia, nos moldes do art. 1.727 do Código Civil, em concubinato.

A partir do RE nº 590.779/ES e do RE nº 397.762/BA, o Ministro fez uma extensa digressão sobre a distinção entre união estável, casamento e concubinato. Nesta ocasião, apresentou, inclusive, a história desses conceitos no direito brasileiro. Sobre o assunto, pontuou:

> De fato, antes do advento da Constituição de 1988, havia o emprego indistinto da expressão concubinato para qualquer relação não estabelecida sob as formalidades da lei, daí porque se falava em concubinato puro (hoje união estável) e concubinato impuro (relações duradouras com impedimento ao casamento) (BRASIL, 2020, p. 8).

Após a promulgação da Constituição, o emprego dos termos passou a ser feito de forma completamente distinta. Não há mais a designação “concubinato puro” e “concubinato impuro”. Há, no Direito Civil, apenas a situação de concubinato, que se caracteriza apenas quando um dos envolvidos na relação está impedido de se casar.

Ao fazer todo um cotejo dos dispositivos do Código Civil sobre a temática, o Ministro se questionou sobre quais os efeitos jurídicos que podem ser atribuíveis ao concubinato. Sobre a temática, ponderou:

> A legislação não previu qualquer espécie de direito, mas a jurisprudência – ao tempo em que as uniões fáticas não eram juridicamente reconhecidas como entidades familiares – construiu, sob as bases do Direito das Obrigações, o conceito de sociedade de fato.
> Trata-se de instituto tomado de empréstimo do Direito das Obrigações, para possibilitar, presente impedimento matrimonial, consequências patrimoniais ao concubino quando demonstrado sua contribuição para a formação do patrimônio do cônjuge infiel.
> (…)
> A compreensão se amolada ao enunciado da Súmula nº 380/STF, a qual, conquanto estabelecida ao tempo em que a união estável era também nominada concubinato (sua aprovação data de 3/4/64), pode ser invocado para fins de partilha do patrimônio no âmbito do atual concubinato.
> (…)
> Com fundamento nessa súmula, já deliberou o Superior Tribunal de Justiça pela existência, em tese, do direito à partilha de bens quando demonstrado o esforço comum na construção patrimonial (BRASIL, 2020, p. 10-11).

Com base no conceito de concubinato e, considerando que uma das pretensões já havia sido reconhecida anteriormente, entendeu que outro relacionamento, no caso o relacionamento de Antônio e Ricardo, só poderia ser reconhecido após o processamento de uma ação anulatória para anular o reconhecimento da primeira união estável. Como no caso não havia qualquer informação de instauração de ação anulatória, concluiu ser inviável o reconhecimento da concomitância de duas uniões estáveis (de dois casamentos ou de um casamento e uma união estável).

A única possibilidade de concomitância de relações reconhecida pelo direito seria, exatamente, no caso em que o indivíduo já está separado de fato do matrimônio contraído. Sobre o assunto, ponderou: “Em nenhum outro caso, contudo, admite-se a cumulação de vínculos entre as figuras do casamento e da união estável, sob pena de se caracterizar o concubinato” (BRASIL, 2020, p. 8).

A partir dos votos prolatados, infere-se que a caracterização do concubinato revela-se como uma penalidade imposta pelo direito para os indivíduos que transgredem as normas de Direito Civil.

Assim como o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Dias Toffoli acompanhou o Relator para não dar provimento ao recurso.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Nunes Marques e Luiz Fux acompanharam também o voto do Relator.

1.14.4 A inauguração da divergência: o voto do Ministro Edson Fachin

O ponto central de discussão para o Ministro Edson Fachin foi, justamente, analisar a possibilidade de reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes.

Para iniciar o seu parecer sobre o caso, o Ministro analisou o art. 226, §3º da Constituição Federal e ponderou que o dispositivo confere às entidades familiares especial proteção. A união estável, regime familiar que estava sob discussão, também teria sido protegida pela Constituição do §3º do dispositivo.

A análise legislativa feita pelo Ministro também considerou o art. 1.723, do Código Civil, que regulamenta e reconhece a união estável como uma entidade familiar, bem como o art. 16, inciso I, da Lei nº 8.213/1991, que regulamenta que o cônjuge, o companheiro e a companheira são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, nas condições de dependente do indivíduo segurado.

O Ministro também apresentou o estado da arte da jurisprudência sobre o assunto, ocasião em que transcreveu as seguintes teses do Superior Tribunal de Justiça, pautadas em dezenas de julgados da Corte. Vejamos:

> "Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas" (BRASIL, 2021, p. 6).
> "A existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial entre os casados" (BRASIL, 2021, p. 6).
> "É inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providencia daria ao concubinato maior proteção do que aquela conferida ao casamento e à união estável" (BRASIL, 2020, p. 6).

Em seu voto, o Ministro, mais do que analisar a possibilidade de reconhecimento judicial de duas uniões estáveis, se concentrou em avaliar se essa simultaneidade familiar estaria albergada pelas normas jurídicas de direito previdenciário. Avaliou, portanto, a possibilidade de se atribuir efeitos jurídicos póstumos às entidades familiares com a presença da boa-fé. A boa-fé aparece, em seu voto, como questão central para dar provimento ao recurso.

Desde que presente o requisito da boa-fé, seria, em suas palavras, possível reconhecer os efeitos previdenciários *post mortem* às uniões estáveis paralelas e concomitantes. Para o

Ministro, o caso em questão envolveu os seguintes eixos temáticos: a) benefício previdenciário; b) dependência; c) eficácia póstuma de relações pessoais constituídas por meio de união estável.

O fio condutor que interligaria esses três nichos seria, justamente, a questão da boa-fé. Para tanto, fundamentou a importância da boa-fé com embasamento no art. 1.561 do Código Civil, o qual regulamenta que o casamento, embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé, por ambos os cônjuges, produz os efeitos até o dia da sentença anulatória.

Ao demonstrar a centralidade da boa-fé na questão e a sua importância, o Ministro não colacionou em seu voto qualquer outro julgado que tenha valorizado a boa-fé, ou até mesmo, qualquer doutrina a respeito. Apenas utilizou o dispositivo civilista que trata da boa-fé em situação não tanto compatível com o presente caso. A fundamentação, nesse ponto, não ficou bem delineada.

Pautado no dispositivo do Código Civil e nas provas do processo, para o Ministro, com a morte de Antônio, as relações jurídicas se findaram, mas os efeitos previdenciários delas decorrentes deveriam prevalecer, ante a configuração da boa-fé entre os conviventes. Na ocasião dos autos, não havia provas que indicassem a existência de má-fé entre Bruna, Ricardo e Antônio, pelo que a boa-fé restaria caracterizada.

> Desse modo, uma vez não comprovado que ambos os companheiros concomitantes do segurado instituidor, na hipótese dos autos, estavam de má-fé, ou seja, ignoravam a concomitância das relações de união estável por ele travadas, deve ser reconhecida a proteção jurídica para os efeitos previdenciários decorrentes (BRASIL, 2020, p. 8).

A existência da boa-fé entre os companheiros foi o único motivo para se estender os efeitos previdenciários ao Ricardo.

Em nenhum momento o Ministro avaliou a posição que a monogamia assume na Constituição Federal de 1988. Este instituto jurídico sequer foi citado pelo Ministro Edson Fachin.

Ao final, pautado estritamente na boa-fé, recomendou o provimento do recurso extraordinário e a fixação da seguinte tese: "É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos a uniões estáveis concomitantes desde que presente o requisito da boa-fé objetiva" (BRASIL, 2021, p. 8).

1.14.5 O acompanhamento da divergência pelo Ministro Luís Roberto Barroso

O Ministro Luís Roberto Barroso, para quem o caso seria inédito na Corte Suprema, também acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin.

Ao iniciar suas ponderações, considerou ser inegável a existência de duas relações afetivas, chamadas por ele de uniões estáveis – sendo uma hetero e outra homoafetiva – mantidas entre Bruna, Antônio e Ricardo. O voto do Ministro partiu da existência inegável dessas duas relações, mantidas de maneira paralelas e concomitantes.

No tocante à análise jurisprudencial, ponderou, desde logo, a não comunicação do Recurso Extraordinário nº 397.762, julgado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com a presente demanda – caso que envolveu os interessados Valdemar do Amor Divino e Joana da Paixão da Luz -, na medida em que envolveu indivíduo casado.

Em relação aos fatos deste caso, o Ministro Luís Roberto Barroso chamou atenção para o ponto que considerou mais importante: "Não há, nos autos, nenhuma prova de qual das duas uniões estáveis era anterior, nenhuma informação. Não é possível saber, pelos elementos que se têm, qual começou primeiro" (BRASIL, 2020, p. 3). O único fato relacionado à essa questão que as provas comprovam a existência é o de que Bruna, por ter ajuizado a ação judicial por primeiro, conseguiu o reconhecimento da sua união estável antes de Ricardo. Mas essa situação, de maneira nenhuma, comprovaria qual relação se iniciou primeiro.

O ajuizamento da ação por Bruna antes de Ricardo não foi considerado como um ponto decisivo pelo Ministro, pois, se fosse para o judiciário tutelar uma das relações, deveria ser escolhida a que se iniciou primeiro no plano fático e, não em sua opinião, a que primeiro foi reconhecida. Ante a inexistência de provas que confirmem qual união se iniciou primeiro, entendeu que não seria possível escolher uma das relações para o direito tutelar. Entretanto, a impossibilidade de escolha de uma das relações não abalou o entendimento do Ministro, que entendeu que não era necessário se proceder com uma escolha. Vejamos o quanto asseverado sobre a parte fática do caso:

> Portanto, não há como estabelecer processualmente, se se considerar isso relevante, qual começou primeiro. A única coisa que se sabe é que a mulher foi ao Judiciário primeiro do que o companheiro, do que o homem. Mas eu não consideraria este o elemento decisivo. Se fosse para escolher uma, se eu achasse legítima a escolha de uma, seria preciso escolher a anterior, a primeira. E isto não é possível determinar aqui. E não abala o meu convencimento, porque não acho que é preciso escolher uma delas, como vou dizer no desenvolvimento do meu voto. Mas considero que não se sabe qual começou primeiro. E, portanto, a escolha por uma ou outra, a meu ver, afigura-se arbitrária (BRASIL, 2020, p. 3).

Considerar a relação que primeiro foi reconhecida judicialmente seria extremamente problemático, pois desencadearia uma corrida judicial entre as partes envolvidas, o que se mostra inviável, ante as especificidades, custos e demora no julgamento de cada juízo singular.

Ao adentrar na análise jurídica do caso, o Ministro se valeu do entendimento proferido pelo Ministro Dias Toffoli - em julgado não identificado - para asseverar que a Constituição Federal, ao dispor sobre a família no art. 226, não teve a intenção de segregar ou restringir famílias. Ao contrário, ela quis eliminar a discriminação para integrar as mais diversas entidades familiares. O dispositivo, ao invés de ser segregador, mostrar-se-ia de maneira inclusiva.

Para exemplificar essa ideia, o Ministro citou que o artigo quis acabar com a discriminação que era promovida em desfavor das mulheres, já que antes se considerava como família apenas aquelas formadas pelo casamento, deixando fora do âmbito de proteção as famílias monoparentais, na maioria das vezes, chefiadas por mulheres. Do mesmo modo, o Supremo não considerou a expressão "homem e mulher" constantes no §3º do art. 226 da Constituição para reconhecer as uniões homoafetivas.

Com base nessa interpretação de inclusão do dispositivo constitucional, o Ministro também ponderou que a intenção do constituinte era a de, justamente, tutelar as situações de fato. Em sua opinião, houve uma evolução no sistema jurídico brasileiro para albergar as entidades familiares para além da formação jurídica ou formal delas. Ocorrendo uma situação de fato, o Direito compareceria para proteger e tutelar essas famílias.

Em que pese dar grande importância às situações de fato, como a do caso que ocorreu às margens da formalização jurídica, o Ministro deixou expresso que, em sua opinião, não se estaria em discussão a temática da monogamia e nem o local que ela assume no nosso sistema jurídico.

Diferentemente do Ministro Edson Fachin, o Ministro Luís Roberto Barroso suscitou dúvidas quanto à classificação da monogamia enquanto um princípio do direito. No entanto, a questão de considerar a monogamia enquanto um princípio constitucional não foi considerada importante para o Ministro.

Nesse ponto, faz-se uma breve reflexão: como não considerar a monogamia importante ante a existência de um caso que desafia o preceito monogâmico? Ao que parece, o Ministro se esquivou de analisar o mérito da questão, não analisada pelo Supremo Tribunal Federal de maneira direta, e tão tabu para o Direito brasileiro.

Em que pese não adentrar na análise do enquadramento da monogamia como um princípio constitucional, restou óbvio, na opinião do Ministro, que "na sociedade ocidental e na sociedade brasileira, a monogamia é um princípio moral indiscutível" (BRASIL, 2021, p. 4).

Ante a existência de milhares de casos no judiciário que desafiam os preceitos monogâmicos, inclusive com famílias simultâneas bem constituídas juridicamente, é possível realmente afirmarmos que a monogamia é um princípio moral indiscutível? Ao que parece, esse

preceito moral está guardado numa espécie de cristaleira do judiciário, que pode ser visualizado, apreciado, mas não totalmente aplicável e eficaz a todos.

A monogamia como um princípio moral e constitucional – sendo este último não admitido como tal pelo Ministro – foi relativizada no caso. Em sua visão, a monogamia se aplica tão apenas ao casamento, não existindo essa exigência para os casos envolvendo união estável. A relativização feita, confirma o entendimento de que o Ministro Luís Roberto Barroso não encara a monogamia como um princípio constitucional, aplicável em todas as instâncias de relacionamento.

Em sua opinião, a Constituição é clara ao afirmar que, quem é casado, não pode se casar novamente. O Código Civil também é claro ao afirmar esse preceito. A regra também se aplica para quem é casado e quer contrair união estável. O Ministro concedeu abertura para se questionar a constitucionalidade desses dispositivos, como fez Carlos Ayres Britto no caso de Valdemar do Amor e Joana da Paixão, ocasião em que foi vencido. Embora não externado, é possível se inferir certo incômodo do Ministro em relação às imposições monogâmicas para o casamento.

Indo na contramão dos outros julgados sobre o assunto, o Ministro não estendeu a monogamia prevista para o casamento à união estável. Considerando a ausência de previsão legislativa específica para a união estável, o preceito monogâmico não seria uma exigência para as uniões não formadas pelo casamento. A relativização do preceito monogâmico resta clara deste trecho retirado do seu voto:

> Agora, nenhuma lei diz que você, vivendo em união estável, não possa ter outra união estável. Portanto, eu não vejo regra expressa sobre essa matéria, não existe essa regra (BRASIL, 2020, p. 4).

É a primeira vez, na história do Supremo Tribunal Federal, que há, ainda que de forma tímida, uma relativização do preceito monogâmico. O voto proferido pelo Ministro Luís Roberto barroso concedeu abertura para que os dispositivos que tratam sobre monogamia sejam questionados.

Ressalta-se novamente que, em que pese fazer toda essa relativização, o Ministro esquivou-se de avaliar a possibilidade de um indivíduo manter, de maneira simultânea e concomitante, duas uniões estáveis. Ante a morte de Antônio, não se estaria discutindo essa possibilidade, mas tão apenas os efeitos previdenciários decorrentes da existência dessas duas relações.

Resgatando a fundamentação apresentada no início de suas considerações, o Ministro ponderou que se deve tutelar os fatos, que realmente existiram, independentemente de escolha filosófica ou opinião. Em sua visão, os fatos do caso envolviam duas pessoas em situação de vulnerabilidade, hipossuficientes, em busca de pensão previdenciária. A ausência de análise da legalidade das duas uniões estáveis mantidas pelos interessados foi reiterada diversas vezes pelo Ministro, que, aparentemente, não quis se comprometer com essa análise.

Considerando a impossibilidade de se inferir qual das duas relações se iniciou primeiro, o Ministro utilizou a *bíblica solução salomônica* para dividir a pensão previdenciária entre as duas pessoas que mantiveram relação íntima e afetiva com o *de cujus.* Transcrevo importantes trechos do voto do Ministro, que serão posteriormente analisados, de maneira pormenorizada:

> Respeito todas as opiniões que as pessoas têm sobre o casamento, sobre a família. Porém, não estamos diante de opiniões nem escolhas filosóficas. Estamos diante de uma situação de fato, e as pessoas têm direito à própria opinião, mas não têm direito aos próprios fatos. Não importa o que cada um ache desse indivíduo ter convivido em uma união estável com duas pessoas. O fato existiu, e precisamos dar alguma consequência jurídica a ele.
> Portanto, aqui, chego à conclusão do meu voto para dizer que não está se discutindo nem a questão da monogamia nem a questão da legitimidade de duas uniões estáveis simultâneas. O que se tem são duas pessoas carentes, hipossuficientes, disputando a divisão de uma pensão previdenciária. Não é uma questão de família propriamente e em rigor, mas uma questão predominantemente previdenciária. (...)
> Não estou me manifestando sobre a legitimidade ou não de duas Uniões estáveis simultâneas, e não o faço, por achar não ser preciso e por ter uma opinião clara sobre isso.
> Sabemos que houve a convivência paralela e concomitante das duas relações, e nem sequer se sabe qual ocorreu primeiro. Nesse quadro fático, não consigo imaginar nenhuma solução se não a bíblica solução salomônica de se dividir – e aqui é possível dividir – a pensão lamente conviveram com esse cavalheiro que foi a óbito (BRASIL, 2020, p. 5).

Ao final, o Ministro acompanhou a divergência iniciada pelo Ministro Edson Fachin e votou pelo provimento do recurso interposto, com a fixação da seguinte tese: "É constitucional a divisão da pensão por morte entre duas pessoas que mantiveram paralela e concomitantemente relações equiparáveis à união estável com o mesmo indivíduo já falecido" (BRASIL, 2021, p. 6).

Após o Ministro Luís Roberto Barroso, a Ministra Rosa Weber se manifestou. Todavia, o seu voto não foi disponibilizado na página de pesquisa do Supremo Tribunal.

1.14.6 O voto da Ministra Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia também não negou a ocorrência dos fatos e, inclusive, concordou com o Ministro Luís Roberto Barroso, quanto à impossibilidade de se identificar qual relação se iniciou primeiro.

Em sua curta análise, trouxe à tona o julgamento proferido no Mandado de Segurança nº 33.555 – já analisado nesta pesquisa - , em que foi para análise da Suprema Corte situação similar a do presente caso, mas com quadro fático diferente. Este caso envolveu um casamento, do qual não restou comprovado que o indivíduo estava separado de fato, e uma relação paralela, que não foi considerada como união estável ante a não comprovação de separação de fato em relação ao vínculo matrimonial, razão pela qual o mandado de segurança foi negado.

Para além do mandado de segurança, a Ministra também colacionou em seu voto o Recurso Extraordinário nº 1.175.551, do qual também foi relatora. Por meio de decisão monocrática – não sendo esta objeto de análise principal desta pesquisa, razão pela qual não foi anteriormente analisada -, a Ministra avaliou a possibilidade de concessão de pensão previdenciária à ex-esposa em rateio com a companheira do falecido. Com base na tese de que é possível reconhecer união estável de pessoa casada, desde que reste comprovada a separação de fato, e com fundamento na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal – que inviabiliza a análise de conjunto probatório em sede de recurso extraordinário -, foi negado provimento ao recurso extraordinário. Quanto ao mérito da questão, a Ministra também se pautou no Mandado de Segurança nº 33.008, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, também analisado nesta pesquisa.

A situação do presente caso foi considerada diferenciada pela Ministra por envolver duas uniões, que não são por ela chamadas apenas de uniões estáveis, mas também de uniões eventualmente equiparáveis, que se apresentaram de forma simultânea e paralela comprovadamente.

Considerando a impossibilidade de se inferir qual relação se iniciou antes, com fundamento no princípio da isonomia e da realidade, que, em suas palavras, presidem todas as relações, entendeu ser possível o rateio da pensão entre os interessados, divergindo então do Ministro Relator Alexandre de Moraes.

Na esteira do entendimento fixado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a Ministra centralizou seu voto tão apenas na possibilidade de reconhecimento das uniões para a concessão dos efeitos previdenciários, em virtude do falecimento de Antônio.

Ao final, concedeu provimento ao recurso extraordinário, com a possibilidade de produção dos efeitos previdenciários paras as uniões estáveis ou, como ela chamou, equiparáveis, simultâneas.

Em nenhum momento do julgamento, foi analisado o postulado da monogamia e a possibilidade de se reconhecer, de maneira autônoma, concomitante e paralela, duas uniões estáveis. O reconhecimento das relações foi feito tão apenas para fins de efeitos previdenciários.

1.14.7 O voto do Ministro Marco Aurélio

Assim como o Ministro Luís Roberto Barroso, o Ministro Marco Aurélio pontuou que o entendimento proferido no Recurso Extraordinário nº 397.762 não é semelhante ao presente caso. Neste, existia casamento sem separação de fato, razão pela qual o caso foi enquadrado no art. 1.727 do Código Civil – que regulamenta o concubinato.

Nova questão fática não mencionada anteriormente foi ressaltada pelo Ministro: o recorrente, Ricardo, era dependente do falecido no cartão de crédito, o que corrobora, ainda mais, a relação entre eles e a dependência econômica de Ricardo.

Com base nas provas dos autos, inclusive nos depoimentos testemunhais que indicaram que o relacionamento mantido entre o Recorrente e o *de cujus* era público e notório, entendeu o Ministro que a relação não era ilícita, pois Ricardo não era o concubino de Antônio, mas o seu companheiro.

O voto do Ministro vai na contramão da maioria dos seus posicionamentos proferidos na Suprema Corte, inclusive do quanto assentado no Recurso Extraordinário nº 397.762 – caso envolvendo Valdemar do Amor e Joana da Paixão. Em relação a este, ponderou não ter se arrependido do posicionamento adotado e ressaltou que o caso em apreço não possui concubinato, casamento e relação *ilícita* entre o recorrente e o *de cujus*, fatos esses autorizadores do rateio da pensão previdenciária entre os interessados.

O Ministro acompanhou, então, a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin.

Em votação disputada, os Ministros decidiram, por maioria, negar provimento ao recurso. Os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Roberto Barroso, Marco Aurélio e Cármen Lúcia foram vencidos

1.14.8 Os embargos de declaração interpostos pelo Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP e pelo recorrente

O Recorrente e o Instituto brasileiro de Direito Previdenciário apresentaram embargos de declaração contra o acórdão do Supremo Tribunal Federal.

Ambos os embargantes, em suas razões, alegaram existirem vícios de fundamentação, omissões, contradições e obscuridades.

Em seu voto, o Ministro Relator Alexandre de Moraes, fixou o entendimento de que o acórdão embargado não apresentava qualquer vício, razão pela qual rejeitou ambos os embargos de declaração.

Os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux e Gilmar Mendes acompanharam o Relator.

O Ministro Roberto Barroso, junto com a Ministra Rosa Weber e o Ministro Nunes Marques, foram os únicos que divergiram.

O voto do Ministro Roberto Barroso dirigiu-se, tão apenas, aos embargos de declaração apresentados pelo Instituto Brasileiro de Direito previdenciário, que requereu: a) esclarecimentos a respeito da comprovação da união estável; e b) a modulação dos efeitos do acórdão de mérito que fixou a tese de repercussão, em linha com o que se decidiu no Recurso Extraordinário nº 661.256[233].

Quanto ao primeiro ponto, o Ministro entendeu não existir qualquer omissão a ser sanada.

Os embargos foram acolhidos tão apenas em relação ao segundo ponto, ocasião em que o Ministro votou para acolher parcialmente o instrumento, a fim de modular os efeitos da decisão nos seguintes termos:

> Diante do exposto, voto no sentido de acolher parcialmente os embargos de declaração para modular os efeitos da decisão no sentido de que (i) os segurados que percebem o benefício em decorrência de decisão judicial transitada em julgado até a data deste julgamento têm direito à sua manutenção e não precisam devolver nenhum valor recebido e (ii) os segurados que percebem o benefício em decorrência de decisão judicial sem trânsito em julgado não precisam devolver nenhum valor recebido até a data deste julgamento, por se tratar de verba alimentar percebida de boa-fé (BRASIL, 2020, p. 6).

Os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Nunes Marques foram vencidos, razão pela qual os embargos de declaração não foram providos.

O processo transitou em julgado em 29 de maio de 2021.

1.15 Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 619.002/Minas Gerais – O caso de Helena Valadares

[233] Julgado que não tem relação direta com o objeto de pesquisa desta tese.

O Agravo Regimental no Agravo de Instrumento foi interposto por Helena Valadares da Silva em desfavor de André Chaves Mascarenhas e outros. O recurso foi distribuído para a Primeira Turma do Supremo Tribunal e teve como Relator o Ministro Marco Aurélio.

A ementa do acórdão foi totalmente inspirada na ementa do caso de Valdemar do Amor e Joana da Paixão, também relatado pelo Ministro Marco Aurélio. Na ementa do presente julgado, consta claramente a distinção entre a companheira e concubina e a expressa menção de que a proteção do Estado se estende apenas à união estável, inserindo-se o concubinato em uma relação ilegítima. A palavra bíblica *babel*, constante no julgado prolatado há mais de 15 (quinze) anos, reaparece na ementa deste julgado:

> COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.
> UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato.
> AGRAVO – ARTIGO 557, § 2o, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2o do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé (BRASIL, 2021).

O caso foi julgado em 18 de maio de 2021 pela turma da Suprema Corte, ocasião em que os Ministros acordaram em desprover o agravo regimental no agravo de instrumento interposto, nos termos do voto do relator e por unanimidade. A sessão foi realizada via videoconferência em 18 de maio de 2021, presidida pelo Ministro Dias Toffoli.

1.15.1 Síntese fática do caso

A recorrente Helena Valadares da Silva teve uma relação afetiva com Pacífico Mascarenhas por mais de 15 (quinze) anos, até a data do seu falecimento, em 25 de novembro de 1998.

Quando a relação afetiva se iniciou, Pacífico Mascarenhas era casado com Maria Norma Chaves Mascarenhas, com quem teve filhos, dentre eles André Chaves Mascarenhas, parte agravada do processo.

Os fatos indicam que, no momento de sua morte, Pacífico Mascarenhas já estava separado de fato de sua esposa, habitando com Helena Valadares da Silva. Da relação, nasceu uma filha – Esther Valadares da Silva Mascarenhas.

Ao falecer, Helena Valadares ingressou com uma ação declaratória de união estável para receber o que era seu de direito. Em sua inicial, a interessada alegou que teve uma relação com Pacífico Mascarenhas pelo período de 1983 a 1998, pleiteando o reconhecimento do relacionamento por todo este período.

Em primeiro grau, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a união estável apenas no período de 1984 a 1998. Decidiu também o juízo de primeiro grau que Helena Valadares não tinha direito à meação dos bens, na medida em que foram adquiridos antes do início de sua relação estável com Pacífico Mascarenhas.

Inconformada, a companheira interpôs uma apelação ao segundo grau do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ocasião em que foi dado, novamente, parcial provimento aos pedidos para conceder o direito à meação à interessada apenas em relação aos bens que foram adquiridos onerosamente na constância da união estável, no período de 1984 a 1998[234].

Do acórdão prolatado, foram apresentados ainda embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Inconformada com o teor dos julgados, a interessada apresentou recurso extraordinário, alegando ofensa aos arts. 1º, III, 5º, II, V, X, XXXV, LIV e LV; e art. 226, §§3º e 7º da Constituição. Em suma, conforme o relato dos fatos apresentados pelos Ministros do Supremo Tribunal, a interessada alegou que o Tribunal não analisou de maneira devida os fatos e as provas juntadas aos autos.

Ao analisar o recurso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou-lhe seguimento, por entender não existir ofensa direta à Constituição.

Em face dessa decisão, em novembro de 2006, a Helena Valadares apresentou, ao Supremo Tribunal Federal, agravo de instrumento. Ao analisar de maneira monocrática, o Ministro Marco Aurélio negou provimento ao recurso por considerar que o julgado proferido pela Corte de Origem estava em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo, especialmente com o Mandado de Segurança nº 21.449 e com o Recurso Extraordinário nº 397.762, ambos analisados desta pesquisa. O Ministro também se fundamentou no art. 1.727

---

[234] O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi assim ementado:
EMENTA: Civil. União estável. Período. Convivente- falecido. Patrimônio inventariado. Companheira. Meação. Bens adquiridos durante a convivência. Contribuição. Considera-se existente a união estável no período em que evidenciada a convivência "more uxório", duradoura e contínua, com finalidade de constituição de uma entidade familiar e possibilidade de conversão da relação em casamento, a teor do §3° do art. 226 da Constituição Federal. A declaração do direito à meação do patrimônio deixado pelo convivente-falecido deve se limitar aos bens inventariados que, segundo a prova produzida, foram adquiridos durante a união estável e mediante a contribuição, ainda que indireta, de sua companheira (Lei n° 9.728/96, art. 5°, "caput"). Nega-se provimento ao agravo retido, acolhe-se a primeira preliminar, rejeita-se a secunda e no mérito, dá-se provimento parcial à apelação."

do Código Civil, que regulamenta as relações movidas por concubinato. O julgado foi assim ementado:

> COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO - AS SITUAÇÕES LEGÍTIMAS, NÃO INCLUEM O CONCUBINATO - AGRAVO DESPROVIDO (BRASIL, 2021).

Após, em 19.04.2009, Helena Valadares apresentou agravo regimental visando a reforma da decisão monocrática prolatada pelo Ministro Marco Aurélio. Neste, argumentou que o seu relacionamento não se enquadrava em concubinato impuro, haja vista que o *de cujus* já estava separado de fato de sua esposa desde o início do relacionamento.

Ressalta-se que o Ministro Relator prolatou seu voto, pelo não provimento do agravo regimental, em 27 de outubro de 2009. Após, o Ministro Ayres Britto solicitou vista dos autos. Apenas em 2014 foi recomendado o sobrestamento do processo, ante a existência de tema similar com repercussão geral em trâmite na Corte (Recurso Extraordinário nº 1.045.273 – Tema nº 529, já analisado nesta pesquisa). Em 2021, o julgamento foi retomado.

1.15.2 O Voto do Ministro Relator Marco Aurélio e as considerações do Ministro Dias Toffoli

No voto prolatado em 2009, ao analisar o agravo regimental interposto, ponderou o Ministro Relator que, para a configuração de união estável, não há a imposição da monogamia, nos termos da flexibilização feita no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273 (Tema nº 529).

Nos mesmos moldes do quanto assentado no julgado do Tema nº 529, o Ministro já havia ponderado que a monogamia era aconselhável, por objetivar a paz entre o casal.

Em que pese a não exigência da monogamia para se ter configurada a união estável, asseverou que o seu reconhecimento deve ocorrer de maneira harmônica com o restante dos preceitos constitucionais previstos na Carta Magna. O art. 226 da Constituição teria, em suas palavras, o objetivo de conceder maior proteção ao casamento.

Para o Ministro, nos moldes do mencionado dispositivo constitucional, o reconhecimento da união estável como uma instituição familiar pressupõe a sua conversão no casamento, na medida em que prevê que a lei deve facilitar essa conversão.

Considerando a possibilidade de conversão da união estável em casamento, o Ministro ponderou que a relação ocorrida entre Helena e Pacífico ocorreu à margem do direito, na medida em que se iniciou durante a vigência de um casamento. Da leitura do confuso voto do Ministro,

é possível inferir que, a partir do art. 226, §3º da Constituição, o Ministro interpretou e retirou do seu teor o paradigma da monogamia e o aplicou ao caso concreto.

Nos termos do Código Civil, o Estado estaria proibido de tutelar relações afetivas extraconjugais, exceto se houver separação de fato. Caso não haja, os casos são enquadrados em *simples* concubinato, nos termos do art. 1.727 do Código Civil. Vejamos:

> Conforme consignado no ato impugnado, para ter-se como configurada a união estável, não há imposição da monogamia, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal. Todavia, a união estável protegida pela Constituição pressupõe prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior a proteção ao casamento. O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, pressupõe possibilidade de conversão em casamento, devendo a lei facilitá-la. No caso concreto, a manutenção da relação com a autora se fez à margem e, diria mesmo, mediante discrepância do casamento existente e da ordem jurídico-constitucional.
> Então, a Corte de origem não considerou como merecedora da proteção do Estado toda a relação com a agravante, porque a conflitar, enquanto válido o casamento, com o direito posto. É certo que o atual Código Civil versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar núcleo familiar. Entretanto, na previsão, está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice uma vez verificada a separação.
> No caso, está-se diante de simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil: (…) (BRASIL, 2021, p. 9).

Na esteira do que já foi feito anos atrás, sem qualquer revisão de entendimento, o Ministro entendeu que o concubinato não se iguala à união estável, razão pela qual recomendou o não provimento do agravo.

Após o sobrestamento, o julgamento do caso foi retomado em 18 de maio de 2021, dia em que o Ministro Relator aditou o seu voto.

Sem fazer qualquer revisão do voto proferido há mais de onze anos, o Ministro apenas colacionou na análise a tese fixada no julgamento do Tema nº 529. Ao retomar os fatos do caso, o Ministro exalou insatisfação pela situação, resumindo de maneira brusca, somente o lado da ex-esposa do *de cujus*. A relação de afeto mantida entre Helena e Pacífico, a filha deles e os fatos relacionados, não foram revisitados e, muito menos, ponderados no aditamento. Vejamos:

> O que se tem no caso concreto? Tem-se, como pano de fundo, situação em que, em vida, a mulher casada teve de dividir o marido. Havendo este falecido, pretende-se que divida com a concubina – não é companheira – a pensão. Articula-se com relação ilícita, segundo o Código Civil, de concubinato, para buscar-se divisão do benefício previdenciário.
> Estou desprovendo o agravo, salientando a diferença entre companheira e concubina. A união estável merece proteção do Estado. O concubinato, não, por ser relação ilícita. Cito, no voto, o Código Civil, no que preceitua o art. 1.727:
> "Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casaram constituem concubinato.."

> Concubinato, vamos repetir, é relação ilícita.
> Estou desprovendo o agravo. Não vou ler o voto (BRASIL, 2021, p. 14).

Sobre o dispositivo do Código Civil, o Ministro Dias Toffoli asseverou que conhecia o redator do dispositivo, mas que foi o seu assessor que o redigiu.

Para Dias Toffoli, o reconhecimento da união estável pretendida era inconversível em casamento. Para se configurar em união estável, a Constituição exigiria a possibilidade de conversão em casamento.

1.15.3 O voto do Ministro Alexandre de Moraes e os breves posicionamentos de Luís Roberto Barroso e Rosa Weber

Com fundamento na tese fixada no Tema nº 529, o Ministro votou pelo não provimento do recurso, seguindo o posicionamento do Ministro Relator. O presente caso, envolvendo a diferença do concubinato, estaria inserido do posicionamento firmado no Tema nº 529.

Novamente, nenhuma menção ao instituto da monogamia foi feita.

Em voto curtíssimo, o Ministro Luís Roberto Barroso automaticamente, sem nenhuma digressão, aplicou a tese fixada pelo plenário no julgamento do mencionado Tema. Ele também acompanhou o relator para não dar provimento ao recurso.

Em seu voto de um parágrafo, a Ministra Rosa Weber ressalvou a sua compreensão pessoal sobre o tema – não explicitada – e, com base no princípio da colegialidade, acompanhou o Relator.

1.16 Recurso Extraordinário nº 883.168/Santa Catarina (Tema nº 526) – O caso de Rosemary do Rocio de Souza

O Recurso Extraordinário nº 883.168 teve como recorrente a União e por recorrido Rosemary do Rocio de Souza. Ele foi protocolado em abril de 2015, tendo como Relator o Ministro Dias Toffoli.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) foram arrolados ao processo na qualidade de *amicus curiae*.

1.16.1 Síntese fática do caso

O Recurso Extraordinário nº 883.168/Santa Catarina foi interposto pela União em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual julgou ser legítima a divisão de pensão previdenciária, deixada por militar, entre a viúva e a companheira do falecido. Na ocasião, o Tribunal de origem levou em consideração a convivência e a dependência econômica da companheira em relação ao *de cujus*. A divisão foi autorizada a contar do pedido efetivado na área administrativa. O acórdão foi assim ementado:

> MILITAR. PENSÃO MILITAR. COMPANHEIRA. CONCORRÊNCIA COM A VIÚVA.
> Comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a companheira à quota parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa (BRASIL, 2021, p. 4).

No inteiro teor do acórdão não constam maiores detalhes da relação mantida entre o *de cujus* e Rosemary do Rocio de Souza, razão pela qual não serão expostos aqui.

Inconformada com o teor do acórdão, a União interpôs o recurso extraordinário sustentando violação ao art. 5º, caput, inciso II, art. 37, caput, §2º e art. 226, §3º, da Constituição Federal, e art. 53, caput, incisos II e III, do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

No mérito, a União sustentou que não se poderia autorizar a divisão do benefício previdenciário entre Rosemary e a viúva do falecido, pois a união estável não restou caracterizada no plano dos fatos.

Em suas contrarrazões, Rosemary alegou que estava comprovada a convivência com o *de cujus*, bem como a sua dependência financeira, razões essas que desencadeariam o reconhecimento da união estável e a concessão dos efeitos previdenciários cabíveis, em concorrência com a viúva, a contar do pedido apresentado no âmbito administrativo.

Após a análise do processo, o Ministro Luiz Fux, Relator do caso à época, entendeu que a questão apresentava densidade constitucional, extrapolando os interesses das partes, razão pela qual reconheceu a repercussão geral da matéria. O Plenário confirmou esse entendimento, em sessão realizada por meio eletrônico. O processo foi inscrito então como Tema nº 526 da Gestão da Repercussão Geral no portal do Supremo Tribunal Federal com a seguinte descrição:

> Recurso extraordinário que se se discute, à luz dos artigos 201, V, e 226, §3º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada (BRASIL, 2021, p. 5-6).

O Ministro Luiz Fux observou que o recurso versava sobre a mesma temática do Recurso Extraordinário nº 669.465/ES, utilizado como caso paradigma do Tema nº 526. Considerando que, neste caso, se constatou a presença de Pedido de Uniformização de

Jurisprudência ainda pendente de julgamento – razão pela qual o recurso não foi julgado à época -, o Ministro determinou a substituição do Recurso Extraordinário nº 669.465/ES pelo presente recurso, bem como a atualização dos sistemas pertinentes para fazer constar o presente Recurso Extraordinário nº 883.168 como o caso paradigma do Tema nº 526 da Repercussão Geral.

Em maio de 2015, os processos foram substituídos.

Em análise, visando subsidiar o julgamento do Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso extraordinário interposto pela União. Por intermédio do Procurador-Geral Rodrigo Janot, restou assentado no Parecer que não é *qualquer* relação que poderá desencadear efeitos previdenciários, como aquelas provenientes do concubinato. Somente as relações equiparáveis à união estável poderiam receber benefícios previdenciários. A equiparação da relação com a união estável seria indispensável para se conceder esse benefício, "em atenção às normas de ordem pública que regem o casamento e a união estável e à inafastabilidade da adoção cogente do regime monogâmico de relações conjugais no ordenamento jurídico brasileiro" (BRASIL, 2016, p. 53).

Na ocasião, sugeriu a Procuradoria-Geral da República a seguinte tese: "É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários ao concubinato, quando presentes as condições para sua equiparação à união estável, mas não ao concubinato adulterino" (BRASIL, 2016, p. 54).

Após distribuição do processo ao Plenário do Supremo Tribunal, o julgamento aconteceu por meio de Sessão Virtual, ocorrida entre os dias 25 de junho de 2021 e 2 de agosto de 2021.

O Advogado, Marcos Alves da Silva realizou sustentação oral representando o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) antes de se iniciar, propriamente, o julgamento.

A gravação do vídeo, com a fala de Marcos Alves da Silva, foi disponibilizada no site do Supremo Tribunal Federal. Ante a riqueza da sua sustentação, os fundamentos serão aqui expostos e, posteriormente, em momento oportuno, apreciados.

1.16.2 A sustentação oral de Marcos Alves da Silva

Ao iniciar sua fala, Marcos Alves da Silva delimitou o tema do debate especificamente em torno da possibilidade de um concubinato, de longa duração e com aparência pública, gerar efeitos previdenciários.

A fala foi organizada a partir dos seguintes princípios constitucionais: pluralidade das entidades familiares, laicidade do Estado e democracia.

De início, ao citar o art. 226 da Constituição Federal, ponderou Marcos Alves da Silva que a promulgação da Constituição Federal de 1988 promoveu uma significativa alteração no conceito de família, na relação deste instituto jurídico com o Estado, bem como em sua proteção jurídica.

O art. 226 da Constituição privilegiaria o princípio da pluralidade das entidades familiares, pelo que seu rol seria meramente exemplificativo. A sistemática do dispositivo é, em suas palavras, inclusiva, e não restritiva para excluir famílias do âmbito de proteção constitucional. Para ilustrar essa ideia, Marcos Alves trouxe à tona o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, ocasião em que o Supremo concedeu efeitos jurídicos às relações homoafetivas.

Com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal e na teoria de Paulo Lôbo – sendo esta última não especificada em sua sustentação -, estaria então superada a ideia de que teríamos no art. 226 um rol taxativo. Essa construção argumentativa foi encadeada também a partir da noção de que, diferentemente do que previa o Código Civil de 1916, a Constituição de 1988 não privilegia tão apenas o matrimônio.

Marcos Alves fez um resgate histórico da proteção jurídica concedida ao concubinato para justificar a importância de fundamentar a sua sustentação no princípio da pluralidade das entidades familiares.

Foi ponderado que, em 1960, como forma de evitar enriquecimento ilícito e injustiças, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 380 que regulamentou a seguinte situação: “Comprovada a existência de sociedade de fato, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (BRASIL, 1964).

A evolução legislativa e jurisprudencial também teria se dirigido para o reconhecimento das uniões estáveis, para além do casamento, como um instituto autônomo. A Constituição teria entendido que a união estável merece um lugar próprio no ordenamento jurídico brasileiro. Esse instituto, não seria uma extensão do casamento, não é um casamento menor e nem uma subfamília.

A evolução também pôde ser vista a partir do reconhecimento das famílias homoafetivas, concedido pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir de seu entendimento, as famílias constituídas às margens do casamento carregam consigo uma história de discriminação e dominação masculina sobre a mulher. As mulheres negras, índias, pobres e a socialmente desqualificadas - sendo este último conceito não aprofundado pelo sustentador - seriam as que mais são discriminadas.

Resgatando a obra de Edgard de Moura Bitencourt, até a década de 1960 não haveria um capítulo sequer tratando de concubinato no Direito de Família, justamente porque este instituto jurídico não era considerado família. Ao contrário da interpretação inclusiva prevista pela Constituição Federal em seu art. 226, se vislumbra em nosso país, na opinião de Marcos Alves, uma história de exclusão e discriminação envolvendo famílias paralelas e, principalmente, mulheres.

Em relação ao princípio da laicidade, Marcos Alves ponderou que toda a regulamentação do direito civil, principalmente envolvendo a temática da família, derivou do direito canônico e, portanto, de uma concepção religiosa de direito de família.

A partir da evolução da sociedade e da Constituição de 1988, teríamos que pensar então na concepção de um Estado laico, desprovido de uma religião oficial, um Estado de uma sociedade complexa, diversa e plural. O Estado teria que ser capaz de abrigar todos os indivíduos em suas diversas maneiras de ser e de viver, bem como as suas famílias, em suas mais diversas formações. O princípio da laicidade seria fundamental para propiciar o abrigo jurídico de todos esses indivíduos, com diferentes objetivos, preferências e pensamentos. Se questiona Marcos Alves: “Por que não construir um Estado e uma nação onde caibam todos?” (BRASIL, 2022).

Para Marcos Alves, todas as vezes em que o *suposto* princípio da monogamia é evocado, ele é utilizado como forma de excluir e segregar da tutela jurisdicional determinadas pessoas e fundamentalmente mulheres negras, pobres, índias ou de baixa condição social. Essas mulheres teriam sido, ao longo da história, inferiorizadas e invisibilizadas com o papel do concubinato que lhes foi destinado.

O Código Civil de 1916 teria se fundamentado em ideais patrimoniais e a família teria funcionado como um sustentáculo do direito proprietário. No entanto, todos esses ideais patrimonialistas e segregadores teriam sido superados pela Constituição Federal de 1988. Outro exemplo disso seria também a superação do tratamento concedido aos filhos considerados ilegítimos.

A interpretação da Constituição em seu viés inclusivo seria essencial para a efetivação do princípio democrático.

Com base no princípio da democracia, sustentou que ser família e constituir uma família é também um ato democrático e de liberdade. A democracia, enquanto um princípio constitucional, não se efetivaria da porta de casa para fora, tão somente nas praças. A democracia seria um princípio que se estende para dentro das casas. O Estado, em nome do

princípio da democracia, deveria assegurar a liberdade a tal ponto de assegurar a todos a constituição da família que melhor lhe aprouver, da forma como os indivíduos desejarem.

A liberdade, enquanto princípio, também deveria ser maximizada, pois seria na constituição da família que o ser humano se constitui. A partir de um viés um tanto liberal, Marcos Alves sustentou que o Estado deveria intervir tão somente para a proteção daqueles que estão em condições de vulnerabilidade, como a mulher, as crianças e os idosos. Fora desse campo de vulnerabilidade, deveria prevalecer o princípio da reserva da intimidade, enunciado no art. 1.513 do Código Civil de 2002, o qual regulamenta que é vedado qualquer instituição, seja ela pública ou privada, interferir na esfera íntima da vida familiar. Se constituir em família deveria ser, portanto, um ato de liberdade e de democracia.

Quando o sistema confere tratamento jurídico diferenciado às concubinas, no pensamento de Marcos Alves, estar-se-ia também perpetuando a discriminação por colocar, principalmente, mulheres em local de invisibilização. As concubinas constituiriam, sociologicamente, uma família, pois são reconhecidas no meio em que vivem inseridas em um núcleo familiar. No entanto, seriam invisibilizadas por uma norma de exclusão.

A manifestação final do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) foi pelo reconhecimento do dever de dar abrigo e proteção a toda e qualquer família, com base no art. 226 da Constituição Federal, que pressupõe uma interpretação inclusiva.

1.16.3 O voto do Ministro Relator Dias Toffoli

A questão foi bem delimitada pelo Ministro Relator Dias Toffoli e, diferentemente do Tema nº 529, neste julgado se envolveu tão apenas relações heteroafetivas acompanhadas de, respectivamente, um casamento e uma relação taxada de concubinária. Segundo o Ministro: “Discute-se, nestes autos, a possibilidade de o concubinato gerar efeitos previdenciários na hipótese de união simultânea ao casamento. No acórdão recorrido, deferiu-se o pedido para que a concubina recebesse a pensão por morte deixada pelo falecido em concorrência com a viúva” (BRASIL, 2021, p. 8).

Desde o início do voto, Rosemary foi taxada de concubina do falecido e não de companheira, como pleiteou na ação de origem. Nenhuma prova foi analisada, ou sequer citada, antes de o Ministro adotar esta nomenclatura.

Como pontapé inicial para proceder com a análise, o Ministro trouxe à tona o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273 – Tema nº 529 -, o qual teve como Relator o Ministro Alexandre de Moraes. Nesta ocasião, o Ministro colacionou em seu voto a tese fixada, no

sentido de que a preexistência de casamento ou de união estável impede o reconhecimento de novo vínculo referente a novo período, inclusive para efeitos previdenciários, ressalvada a exceção do art. 1.723, §1º, do Código Civil. Nesta ocasião, foi assentado o entendimento de que prevalece, em nosso sistema jurídico brasileiro, a consagração do dever de fidelidade e monogamia.

O Ministro Dias Toffoli colacionou em seu voto quase a integridade do voto-vista proferido no Tema nº 529, razão pela qual não será novamente exposto nesta ocasião. No trecho colacionado, fazem-se presentes essas principais razões/fundamentos: a) diferenciação entre os institutos da união estável e do casamento; b) ausência de superioridade entre essas entidades familiares; c) atribuição de efeitos jurídicos similares ao casamento e à união estável; d) os impedimentos do art. 1.521 do Código Civil – destinados ao casamento – se estendem à união estável; d) união estável ligada à unicidade de vínculo afetivo; e) escolha da monogamia em nosso ordenamento jurídico, possuindo previsão expressa no art. 1.566 do Código Civil – quando elenca, dentre os deveres do cônjuge, a fidelidade recíproca; f) impossibilidade de duplo reconhecimento de união estável, com fundamento no art. 1.727 do Código Civil; g) caracterização do concubinato, nos moldes do art. 1.727 do Código Civil; h) efeitos atribuíveis ao concubinato.

Com base nesses entendimentos, o Ministro elencou também como precedente o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 619.002, já analisado nesta pesquisa. Antes de adentrar em qualquer análise probatória ou específica do caso concreto, o Ministro fixou o entendimento de que não há como se reconhecer a existência de direitos previdenciários nas relações que se amoldem ao instituto do concubinato.

Após colacionar todo o fundamento jurídico sobre a temática, sem fazer um cotejo com os fatos do caso específico, em tópico próprio o Ministro aplicou o entendimento consolidado ao caso concreto.

Restou assentado o entendimento de que, ante a configuração do concubinato, a recorrida não teria direito à pensão previdenciária decorrente do falecimento do seu *concubino*, merecendo reforma o acórdão recorrido.

Ressalta-se novamente que, sem analisar nenhuma prova do caso em concreto, o Ministro deu provimento ao recurso extraordinário, com fundamento no Tema nº 529 do Supremo Tribunal (Recurso Extraordinário nº 1.045.273), propondo a fixação da seguinte tese para o tema:

> É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se

> equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável (BRASIL, 2021, p. 21).

Após o voto do Ministro Relator, o Ministro Alexandre de Moraes se pronunciou.

1.16.4 O voto do Ministro Alexandre de Moraes

Desde o início de suas ponderações, o Ministro Alexandre de Moraes deixou expresso que concordou com o Ministro Relator para dar provimento ao recurso, por ser incompatível com a nossa Constituição Federal de 1988 o reconhecimento de direitos previdenciários à pessoa que manteve uma relação de *concubinato.*

O entendimento do Ministro Alexandre de Moraes foi também integralmente embasado no Tema nº 529 do Supremo Tribunal Federal.

Da mesma maneira, sem analisar as peculiaridades do caso e, pautando-se tão apenas no supracitado Tema do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o Ministro Dias Toffoli em sua integridade, dando provimento ao recurso interposto pela União.

1.16.5 O voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin também concordou que a questão em debate se refere à análise da possibilidade de um concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários.

Em nenhum momento, em nenhum dos três votos já analisados, sequer foi suscitado a possibilidade de Rosemary ser, de fato, companheira do falecido.

O Ministro copiou o voto prolatado no Tema nº 529 em quase sua integralidade. O único elemento novo incluído em sua análise foi o Recurso Especial nº 1185337 analisado pelo Superior Tribunal de justiça, no ano de 2015. Neste, o Superior Tribunal reconheceu direitos à companheira de uma união ocorrida às margens do casamento, em virtude dos princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé. Registra-se que, após a apresentação dos votos prolatados neste Tema nº 526, o Recurso Especial nº 1185337 será analisado de forma pormenorizada.

O Ministro Edson Fachin copiou a integridade do voto prolatado no Tema nº 529, sem fazer qualquer menção ao tema.

O ponto central do seu voto foi, novamente, a questão da boa-fé objetiva. Assim como no outro julgamento em caso correlato, o Ministro ponderou que não restou comprovado que a

esposa e a companheira concomitantes do segurado estavam de má-fé, razão pela qual deveriam ser concedidos os direitos previdenciários decorrentes das relações.

Diferentemente dos outros Ministros, para o Ministro Edson Fachin, Rosemary era a companheira do falecido, e por assumir essa posição, deveria receber os benefícios previdenciários que lhe eram de direito.

Ao final, o Ministro negou provimento ao recurso extraordinário, considerando a possibilidade de aplicação de efeitos previdenciários às duas relações mantidas pelo *de cujus*, de maneira concomitante.

Foi sugerida a seguinte tese: "É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos à viúva e companheira concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva" (BRASIL, 2022, p. 32).

Ao final, por maioria, foi dado provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Relator, vencido tão apenas o Ministro Edson Fachin, ocasião em que foi fixada a seguinte tese:

> É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável (BRASIL, 2021, p. 33).

Há o registro de que apenas o Advogado Marcos Alves da Silva falou na qualidade de *amicus curiae.*

Os Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Roberto Barroso e Nunes Marques também estavam presentes na sessão. Todos eles acompanharam o voto do Ministro Relator. Os seus votos escritos não foram publicados no inteiro teor do acórdão e nem no site do Supremo Tribunal Federal, no campo de pesquisa do processo.

1.16.6 Embargos de Declaração Interpostos pela Companheira

A então companheira do falecido, taxada de concubina no julgamento do recurso extraordinário, alegou que a esposa do falecido, sua viúva, teria perdido uma ação de alimentos ajuizada por restar comprovado que estava separada de fato desde 1999. Ante a separação de fato, sustentou que a sua relação com o *de cujus* deveria ser reconhecida como união estável, e não como concubinato, por se enquadrar na exceção prevista no art. 1.723, §3º do Código Civil.

A companheira também alegou que o acórdão embargado também teria sido omisso em relação ao fato de que poderia ser reconhecido no caso concreto a união estável vivida pelo *de cujus*, situação essa que autorizaria, na esteira do julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 575.122, a concessão de direitos à companheira.

Apesar de o recurso ter sido submetido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, apenas o voto do Ministro Relator Dias Toffoli foi publicado no inteiro teor do acórdão.

Na ocasião, o Ministro Relator entendeu que não estava presente nenhuma hipótese autorizadora de oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil.

Analisando o mérito do pedido, para o Ministro, as alegações apresentadas pela requerente estariam fora das atribuições do Supremo Tribunal Federal, na análise de uma repercussão geral.

Após citar trechos do voto condutor do acórdão embargado, entendeu o Ministro que não haveria omissão a ser sanada no acórdão. Neste, teriam sido colocados em debate todas as questões pertinentes, necessárias à análise do caso.

Os embargos foram, então, rejeitados.

Todos os Ministros, inclusive o Edson Fachin, acompanharam os termos do voto do Ministro Relator.

1.16.7 Precedente Citado no Julgamento do Tema nº 526: o Recurso Especial nº 1.185.337

O Recurso Especial nº 1.185.337 foi interposto por parte de nome não divulgado, distribuído para a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha. O julgamento aconteceu em 17 de março de 2015.

Ante a não divulgação dos nomes das partes, serão utilizados, como da outra vez, nomes fictícios, que não possuem qualquer relação direta com o caso em concreto analisado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sabrina Miranda ingressou com uma ação de reconhecimento de dissolução de *união concubinária* em face de Caio Pereira. O juízo de origem julgou o pedido parcialmente procedente, pois condenou o requerido a pagar alimentos no valor equivalente a dois salários-mínimos e meio.

Em sede de segundo grau, provocado mediante apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que Sabrina Miranda tinha direito aos alimentos a serem pagos por Caio, mesmo sendo uma relação de concubinato nos moldes do art. 1.727 do Código Civil.

Para tanto, foi ponderado que Sabrina viveu em relação concubinária com Caio por mais de 40 (quarenta) anos, sendo sustentada por ele em razão de ter abdicado de sua profissão para se dedicar ao relacionamento.

À época, a Corte Estadual ponderou que ao concubinato era concedido apenas os efeitos provenientes de uma sociedade de fato, sendo necessária, para que haja a partilha dos bens, a comprovação de que ambos os indivíduos caminharam financeiramente de maneira igual para a construção do patrimônio.

Acertadamente, ponderou o Tribunal de Justiça que não há como mensurar apenas o aspecto financeiro dos indivíduos para a formação do patrimônio, isso porque a relação afetiva também é formada por dedicação, afeto, parceria e amor, não se tratando também de "serviços" prestados ao companheiro.

Em seu voto, o Ministro Relator delimitou que a relação em discussão era uma relação concubinária, mas com características especialíssimas: a) a união perdurou por cerca de quarenta anos; b) restou demonstrada a dependência financeira de Sabrina, haja vista que abdicou de sua profissão para se dedicar, de maneira exclusiva, ao relacionamento; c) ao tempo do julgamento do recurso, Sabrina já era idosa, sendo impossível o seu ingresso no mercado de trabalho; d) em decorrência da idade avançada, Sabrina tinha problemas de saúde; e e) Caio pagou alimentos, de maneira espontânea, por mais de quatro décadas, sustentando Sabrina durante todo o relacionamento.

Para o Ministro, o caso apresenta especificidades muito peculiares, não sendo coerente a aplicação simples e direta de dispositivos do Código Civil. As especificidades do caso, em suas palavras, atraiam a incidência simultânea do princípio da preservação da família, do princípio da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade humana. Estes deveriam então ser analisados para se selecionar qual deles se aplicaria ao caso em tela.

O Ministro fez importantes indagações:

> Indago: que dano ou prejuízo uma relação extraconjugal desfeita depois de mais de quarenta anos pode acarretar à família do recorrente?
> Que família, a esta altura, tem-se a preservar?
> Por outro lado, se o recorrente, espontaneamente, proveu o sustento da recorrida, durante esse longo período de relacionamento amoroso, por que, agora, quando ela já é septuagenária, deve ficar desamparada e desassistida? (BRASIL, 2015, p. 6-7).

Mesmo que se tratasse de uma relação concubinária impura (nome utilizado em virtude do período em que o relacionamento se iniciou), considerando o tempo de relação de mais de quarenta anos entre as partes, a comprovação da dependência financeira de Sabrina em relação ao Caio e que ele próprio admitiu que a sustentava, deixando a interessada de exercer suas

atividades profissionais para se dedicar ao relacionamento, considerou o Superior Tribunal de Justiça que não seria razoável que a recorrida, com mais de setenta anos, ficasse sem amparo financeiro.

Sobre o caso concreto, ponderou o Ministro Relator:

> A resposta às indagações feitas surge claramente dos autos. Ficou evidenciada, com o decurso do tempo, a inexistência de risco à desestruturação da família do recorrente, bem como a possibilidade de exposição de pessoa já idosa a desamparo financeiro, tendo em vista que foi o próprio recorrente quem proveu o sustento, o que vale dizer, foi ele quem deu ensejo a essa situação e não pode, agora, beneficiar-se dos próprios atos. É evidente que, no caso específico, há uma convergência de princípios, de modo que é preciso conciliá-los para aplicar aqueles adequados a embasar a decisão, a saber, os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, pelas razoes já exaustivamente expostas (BRASIL, 2015, p. 7).

O ponto central para se negar provimento ao recurso interposto em desfavor de Sabrina foi, justamente, o fato de que havia dependência econômica entre as partes, a idade avançada da interessada, e o sustento de Sabrina por Caio, de maneira espontânea, por quase quarenta anos.

A partir de uma análise aprofundada dos fatos, foi então negado provimento ao recurso.

O acórdão foi assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.
> 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo.
> 2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer riso de desestruturação familiar para o prestador de alimentos.
> 3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial.
> 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas.
> 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.
> (BRASIL, 2015).

No inteiro teor do acórdão foi publicado tão apenas o voto do Ministro Relator.

Os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça conheceram em parte do recurso e, por unanimidade, negaram provimento nos termos do voto do Ministro Relator.

1.17 Questões metodológicas finais

Como mencionado no início desta sessão, a análise de jurisprudência desta pesquisa recaiu, como foco central, sob os acórdãos prolatados pela Suprema Corte.

O levantamento desses acórdãos, com as palavras-chaves de pesquisa, foi realizado em 23 de maio de 2023. Nesta ocasião, utilizando a ferramenta de pesquisa padrão, a partir da data de promulgação da Constituição Federal de 1988, foram localizados 45 (quarenta e cinco) acórdãos. A investigação recaiu sob cada um desses acórdãos. No entanto, como muitos deles não analisaram o mérito da questão ou apenas analisaram questões processuais, descreveu-se nesta pesquisa 16 (dezesseis) acórdãos de um total de 45 (quarenta e cinco).

Além da ferramenta de pesquisa padrão, o sistema de busca de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também disponibiliza uma ferramenta de pesquisa que, ao invés de buscar as palavras-chaves nos indexadores e nas ementas, pesquisa-as no inteiro teor dos acórdãos. Essa ferramenta, no entanto, só está disponível para os acórdãos publicados a partir de 2012 e não é o mecanismo padrão utilizado pelo site da Suprema Corte.

A pesquisa das palavras-chave pelo inteiro teor, fornece uma busca completa de todos os acórdãos, publicados após 2012, que mencionaram aquela palavra. Comparado com a busca padrão, a pesquisa por inteiro teor nos forneceu um maior número de julgados. Se, pela busca padrão pelos indexadores foram localizados 45 (quarenta e cinco) acórdãos, pela busca por inteiro teor, foram localizados 88 (oitenta e oito) acórdãos.

A metodologia adotada nesta pesquisa privilegiou a busca padrão do Supremo Tribunal Federal, feita com base nos indexadores e ementas dos acórdãos. No entanto, após a análise de todos os 45 (quarenta e cinco) acórdãos localizados, procedeu-se com a investigação dos 88 (oitenta e oito) localizados pela outra ferramenta de pesquisa.

Todos os acórdãos encontrados na busca padrão foram também localizados pela outra ferramenta disponibilizada. Os 43 (quarenta e três) acórdãos a mais localizados pendentes de investigação também foram, posteriormente, analisados. Estes, por sua vez, não trataram de maneira específica do tema abordado nesta pesquisa, razão pela qual não foram considerados neste capítulo.

Portanto, ante a inexatidão dessa ferramenta, adotou-se, nesta tese, a busca de jurisprudência padrão do Supremo Tribunal Federal, que pesquisa as palavras-chaves elencadas pelas ementas e indexadores dos julgados.

Ademais, apesar de algumas decisões monocráticas e questões de ordem terem sido analisadas, o objeto desta pesquisa centrou-se, essencialmente, nos acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal. Os 45 (quarenta e cinco) acórdãos localizados pelo sistema de pesquisa do Supremo Tribunal Federal foram lidos na íntegra, e, aqueles que analisaram o mérito, foram organizados em fichas de leituras, as quais precederam a produção deste anexo.

Vejamos os acórdãos que, apesar de constarem na lista de jurisprudência emitida pelo sistema do Supremo Tribunal Federal por meio da busca padrão de precedentes, não foram enfrentados nesta pesquisa:

Tabela 1 – Lista de precedentes não enfrentados

ACÓRDÃOS NÃO ANALISADOS	**DATA DE JULGAMENTO**	**MOTIVAÇÃO**
RHC 66886	18/11/1988	NÃO ANALISA O MÉRITO
RE 111441	06/03/1989	RECURSO NÃO CONHECIDO
RE 119113	09/04/1991	RECURSO NÃO CONHECIDO
AI 139331 AgR	17/12/1991	NÃO ANALISA O MÉRITO
RE 157868	02/12/1992	NÃO ANALISA O MÉRITO PESQUISADO
RE 135780	04/02/1994	NÃO ANALISA O MÉRITO
HC 71568	23/11/1994	NÃO ANALISA O MÉRITO
AI 148570AgR	09/05/1995	NÃO ANALISA O MÉRITO
EXT 641	19/03/1997	NÃO ANALISA O MÉRITO
RHC 79788	02/05/2000	NÃO ANALISA O MÉRITO
AI 342235 AgR	16/10/2001	NÃO ANALISA O MÉRITO
RE 271276 AgR	27/04/2004	NÃO CONHECIMENTO
AI 554447 AgR	11/10/2005	NÃO ANALISA O MÉRITO
HC 102683	14/12/2010	NÃO ANALISA O MÉRITO PESQUISADO
AI 758465 AgR	27/11/2012	NÃO ANALISA O MÉRITO
RE 700402 AgR-ED	18/12/2012	NÃO ANALISA O MÉRITO
RE 631293 AgR	18/06/2013	NÃO ANALISA O MÉRITO
ARE 840807 ED	02/02/2016	NÃO ANALISA O MÉRITO
ARE 657804 AgR	26/08/2016	NÃO ANALISA O MÉRITO
ARE 925474 AgR-segundo	26/08/2016	NÃO ANALISA O MÉRITO
ARE 902474 AgR	21/10/2016	NÃO ANALISA O MÉRITO
ARE 1047242 AgR	08/08/2017	NÃO ANALISA O MÉRITO
ARE 1170204 RG	14/02/2019	NÃO ANALISA O MÉRITO
ARE 1238543 AgR	14/02/2020	NÃO ANALISA O MÉRITO
RE 394923 AgR	24/08/2020	NÃO ANALISA O MÉRITO
ARE 1355389 AgR	21/03/2022	NÃO ANALISA O MÉRITO
RE 113763	17/03/1989	NÃO ANALISA O MÉRITO

HC 74740	18/03/1997	NÃO ANALISA O MÉRITO
ADPF 572	18/06/2020	NÃO ANALISA O MÉRITO
TOTAL DE ACÓRDÃOS		26

Fonte: BRASIL, 2023.

Esse é, portanto, o arcabouço jurisprudencial da temática da produção jurídica da monogamia, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O próximo anexo, como já mencionado, descreverá o arcabouço jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

1.18 Percepções Preliminares

O controle dos corpos de mulheres pela imposição da monogamia não fica apenas sob o encargo da doutrina e da legislação. O histórico controle, comandado originalmente pela Igreja, também se faz presente, como veremos, nos julgados do Supremo Tribunal Federal. A histórica tradição de inferiorização se repete no âmbito de nossa Suprema Corte, mesmo diante da instituição de tantos direitos fundamentais com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Desde, pelo menos, as Ordenações Filipinas, a monogamia se institui com uma finalidade específica e não declarada: a de controlar os corpos de mulheres, destinando-as à invisibilização e abandono em caso de violação desse preceito. Em contraposição, o adultério masculino continua sendo, como também será mais tarde aprofundado, legitimado pelo campo jurídico brasileiro. Essa legitimação inegavelmente também ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se, a partir deste anexo, que a imposição da monogamia na sociedade brasileira ocorre, essencialmente, por meio de dois instrumentos juridicamente reconhecidos: casamento e união estável. Assim como nossa legislação e doutrina, a Corte Suprema utiliza esses dois modelos de família como um instrumento não só para aplicar a monogamia, mas para também e, essencialmente, controlar os corpos das mulheres. A partir do reconhecimento desses dois modelos familiares, concede-se inúmeros direitos, inclusive patrimoniais. Em troca, o Supremo Tribunal exige o cumprimento de certos deveres, estando a monogamia e a fidelidade inseridos entre eles. Há, verdadeiramente, uma chantagem jurídica para a concessão de direitos. Exige-se o cumprimento da monogamia em troca de reconhecimento. Todos aqueles que furam a bolha da monogamia, essencialmente as mulheres, são relegadas às margens da invisibilização. O casamento e, agora, a união estável, são instrumentos de controle usados pelo Supremo Tribunal Federal.

Dos 24 (vinte e quatro) julgados analisados neste capítulo, percebe-se que a grande maioria dos casos envolveu pedidos de reconhecimento relações concubinárias e de uniões estáveis protagonizadas por mulheres solteiras e homens casados. Nenhum dos casos analisados até aqui, ressalta-se, envolveu mulheres casadas e homens solteiros. Salvo poucos casos, na maioria dos processos em que figuraram como pleiteantes de direitos, as concubinas – assim configuradas pelo Supremo Tribunal Federal -, não receberam qualquer reconhecimento ou direito. Em contrapartida, os homens ou os seus patrimônios em nada foram afetados pela configuração dessas relações adulterinas. Na grande maioria, senão em todos os casos, em que os homens ainda estavam vivos no momento do julgamento, não sofreram qualquer ameaça patrimonial simplesmente por não restar configurada a separação de fato. São dados que serão mais tarde analisados, mas que já demonstram indícios de que o adultério masculino é, de fato, protegido e legitimado também pela Suprema Corte Brasileira.

A despeito da mudança no conceito de família feita pela Constituição de 1988, tornando-a plural e para além do casamento, observa-se que o matrimônio monogâmico ainda é incentivado e juridicamente valorizado pela Suprema Corte. O incentivo e a proteção a esse instituto familiar demonstram o alto grau de importância que o nosso campo jurídico brasileiro deposita na monogamia, pois é por meio dessa formação familiar que o controle mais se insere no meio social. A histórica valorização do casamento como um instrumento de controle, reaparece séculos depois na jurisprudência da Corte. A valorização e proteção do casamento autoriza que o campo jurídico relegue à escuridão aqueles, precisamente aquelas, que, de alguma maneira, influenciam na estabilidade da relação.

Como veremos no decorrer desta pesquisa, o Supremo Tribunal Federal também se apropria, indevidamente, de outros instrumentos jurídicos, essencialmente processuais, para controlar e inferiorizar as mulheres na sociedade brasileira. A Súmula nº 279, que dispõe que para *simples reexame de provas não cabe recurso extraordinário*, é claramente utilizada sob um enfoque direcionado: o de disciplinar e domesticar as mulheres.

Essa Súmula, como já demonstrado no decorrer deste capítulo, é utilizada pela Suprema Corte para proibir reanalise probatória, eis que o recurso extraordinário é considerado um nobre recurso, que não admite, como regra, reanálise de provas. Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal utiliza esse regramento como um mecanismo para dificultar ou, até mesmo, inviabilizar o acesso de mulheres *concubinas* à Suprema Corte. Casos em que as esposas ou os homens ingressaram com o recurso extraordinário questionando questões probatórias do processo, foram analisados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Julgados como o de Maria Helena

Vilela de Araújo da Costa, Joana da Paixão Luz, Irani Luiza da Costa e Helena Zorzeto, dentre inúmeros outros, comprovam essa premissa.

Em contrapartida, quando as mulheres, consideradas concubinas, ingressam com o recurso extraordinário visando a alteração de um determinado entendimento, sem pestanejar, o Supremo Tribunal aplica a súmula, não conhecendo o instrumento recursal manejado e, consequentemente, inviabilizando a reanalise probatória do caso. Este é um dos achados originais desta pesquisa que será, mais tarde, analisado.

Inegavelmente, como será demonstrado nas próximas seções, ainda há uma fraternidade masculina (PATEMAN, 1993) que tem por objetivo controlar as mulheres, manter o patrimônio e o poder nas mãos dos homens e reproduzir a imagem da mulher traidora, aproveitadora e *satã*. O caso de Joana da Paixão Luz, julgado em 2008, confirma essa premissa, eis que, para a Corte Suprema, a mulher é considerada como instrumento de *instabilidade* dentro do meio familiar. A histórica percepção da traição como um atributo feminino reaparece, de maneira implícita, dentre os julgados. A monogamia mostra-se como um poder carregado de misoginia e hierarquizações. A histórica inferiorização de mulheres atreladas à monogamia, não poderia estar ausente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

As antigas finalidades da monogamia, introduzidas pela Igreja, implementadas no Brasil Colônia e reproduzidas pelas legislações posteriores, ainda se fazem presentes nos julgados do Supremo Tribunal Federal. O concubinato, e a consequente invisibilização de mulheres, constituem-se como uma das marcas mais nefastas da monogamia no campo jurídico brasileiro atual. A monogamia, por ser composta por bases misóginas, controladoras e inferiorizadoras, ao ser aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, reproduz aquilo que Carole Pateman chama de contrato sexual. O poder desse contrato foge dos limites do casamento e se aplica também às relações adulterinas. Há, verdadeiramente, a legitimação do adultério masculino e do *direito sexual masculino de acesso sistemático aos corpos de mulheres* (PATEMAN, 1993). É, essencialmente, por meio desse contrato que as mulheres são invisibilizadas, controladas e inferiorizadas no campo jurídico brasileiro pelos tribunais superiores.

ANEXO B – Análise dos julgados prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça

Como já mencionado no capítulo anterior, a presente seção tem por pretensão expor como a sexualidade monogâmica é produzida e reproduzida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Conforme a metodologia anteriormente exposta, a análise dos julgados recairá a partir da data de julgamento do Tema nº 526 e do Tema nº 529, ambos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa dos julgados, feita em 13 de agosto de 2023, localizou, a partir do dia 21 de dezembro de 2020, data de julgamento do Tema nº 529, 13 (treze) acórdãos. Da mesma maneira como foi feito no capítulo anterior, serão analisados apenas os acórdãos prolatados pelo Tribunal. De maneira incidente, decisões monocráticas poderão ser analisadas, mas apenas de maneira secundária, com o objetivo de demonstrar qual foi o fundamento dos votos dos Ministros.

A pesquisa de jurisprudência também se utilizou das mesmas palavras-chaves utilizadas para a localização dos julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quais sejam: monogamia, concubinato, concubina, concubino e bigamia. Para a localização dos acórdãos, utilizou-se do manual da Corte Superior intitulado como *Dicas de Jurisprudência: como utilizar conectivos e operadores*.

Com base neste manual, utilizou-se a ferramenta de pesquisa "ou" entre parêntesis para localizar os julgados. Ao aplicar esses conectores, o sistema buscou os documentos que continham uma, duas ou todas as palavras-chaves digitadas.

A pretensão deste anexo é a mesma do anterior, qual seja: a de *expor* o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. A análise crítica desses julgados ficará sob o encargo dos próximos capítulos.

1.1 Agravo Interno no Recurso Especial nº 1629281/Piauí – O caso de Maria Helena Galeno de Sousa

O Agravo Interno no Recurso Especial nº 1629281 - Piauí, foi interposto pelo Instituto de Assistência e Previdência de Piauí (IAPP), em desfavor de Maria Helena Galeno de Sousa. O agravo foi julgado em 12 de abril de 2021 e teve como Relator o Ministro Francisco Falcão.

Os Ministros acordaram, sob unanimidade, em não dar provimento ao recurso, por não existirem razões para se modificar o acórdão recorrido prolatado pelo Tribunal de Justiça do

Estado do Piauí, nos termos do voto do Ministro Relator. No inteiro teor do acórdão consta, tão apenas, o voto do Ministro Relator Francisco Falcão. No entanto, neste consta a informação de que os Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell e Assusete Magalhães votaram com o Ministro Relator.

1.1.1 Síntese fática do caso

Maria Helena casou-se com Francisco de Paulo Silva Santos. Importante ressaltar que o casamento foi feito no religioso. Após, o interessado contraiu novo casamento com Lúcia Helena da Silva Santos, mas desta vez um casamento civil, nos moldes da lei cível.

Após a morte do interessado em 1987, Maria Helena ingressou com uma ação declaratória de dependência econômica contra o Instituto de Previdência de Piauí, pleiteando o recebimento de pensão por morte. A ação foi ajuizada sob o argumento de que Maria Helena era a companheira de Francisco de Paulo por quase 20 (vinte) anos, com quem teve três filhos. Alegou a defesa que, após a morte do seu companheiro, Maria Helena estaria passando por diversas privações econômicas, razão pela qual foi necessária a instauração da ação.

Em sede de primeiro grau, a ação foi julgada procedente, instância em que foi reconhecida a união estável entre Maria Helena e o *de cujus.*

Em sede de segundo grau, o Tribunal de Justiça do Piauí reformou parcialmente a sentença, não reconhecendo mais o instituto da união estável, mas tão apenas a dependência econômica da interessada, nos moldes do que fora decidido em sede de primeiro grau, concedendo-lhe a pensão por morte. A união estável não foi reconhecida em razão de ter Francisco de Paulo Silva Santos contraído novo casamento civil com outra mulher, impedindo, portanto, o reconhecimento da união estável com Maria Helena.

Para o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, Francisco de Paulo vivia, até a data do seu falecimento, duas uniões afetivas. Uma com a autora, Maria Helena, com quem se casou no religioso, e outra com Lúcia Helena, com quem se casou civilmente, não havendo indício de prova de separação de fato desta última.

Embora não tenha reconhecido a união estável entre Maria Helena e o *de cujus*, por ter ele se casado civilmente com outra mulher, entendeu o juízo *a quo* que as peculiaridades do caso eram aptas a gerar efeitos jurídicos positivos à requerente, relacionadas à concessão da pensão por morte.

Do acórdão, o Instituto Previdenciário apresentou embargos de declaração, mas que foram rejeitados pelo juízo de segundo grau.

Em seguida, interpôs recurso especial, sob a sustentação de que Maria Helena não poderia ser considerada companheira do *de cujus*, na medida em que a união estável não fora conhecida pelo juízo *a quo.* Sustentou também que a relação de concubinato, verificada no caso, não poderia ser equiparada à união estável, não se podendo dela se conceder efeitos jurídicos à interessada.

Na origem, foi negado seguimento ao recurso especial, sob a justificativa de que o Instituto não apresentou fundamentação legal e jurídica plausível, bem como que pretendia a reapreciação de provas, inviável em sede de recurso especial.

Da decisão, o Instituto Previdenciário interpôs agravo interno, que foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Francisco Falcão. Em um primeiro momento, este foi sobrestado, ante a pendência do julgamento do Tema nº 526 do Supremo Tribunal Federal. Como este, em um primeiro momento – como demonstrado no capítulo anterior -, perdeu o objeto, o Superior Tribunal de Justiça procedeu com o julgamento do instrumento recursal.

1.1.2 Razões do voto do Ministro Relator Francisco Falcão

Desde já, destaca-se o ineditismo do caso em análise nunca visto nesta pesquisa: o interessado, *de cujus*, contraiu dois casamentos, sendo um deles religioso com a interessada neste processo, e outro cível. Do primeiro casamento nasceram três filhos.

Em tese, essa situação se enquadraria no crime de bigamia, que, em nenhum momento, foi considerado pelo Ministro Relator.

O cerne da questão, para o Ministro, foi centralizado na análise da possibilidade de se identificar a configuração da união estável e da dependência econômica entre o *de cujus* e Maria Helena, a desencadearem a concessão de pensão por morte.

Na ocasião, ponderou que o juízo *a quo* analisou todos os fatos e as provas dos autos antes de conceder a pensão por morte e reconhecer a dependência econômica de Maria Helena. Alterar a razão de decidir do voto necessitaria, em sua opinião, de reanálise das provas, o que também seria vedado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pelo Enunciado nº 7.

Em que pese a vedação existente no enunciado, o Ministro analisou os fatos, ainda que de maneira muito breve, para ponderar que não existia, no caso, a caracterização do concubinato entre a recorrida e o *de cujus*, mas um casamento religioso celebrado antes de um casamento civil com outra esposa. Para o Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do que fora concluído pelo juízo de segundo grau, este último casamento – o civil – não foi comprovado nos autos.

O Ministro intitulou o caso como situação *sui generis*, na medida em que foram celebrados dois casamentos.

A invalidação do segundo casamento, ante a existência do primeiro, também não foi suscitada pelo Ministro. Apenas ponderou que não existiam razões para de alterar o acórdão recorrido, razão pela qual foi negado provimento ao recurso interposto.

1.2 Recurso Especial nº 1894963/Alagoas – O caso de Edja Santos de Barros

O Recurso Especial nº 1894963/AL foi interposto pela União e por Juraci Nobre Melo em desfavor de Edja Santos de Barros.

A Ministra Assusete Magalhães foi a relatora do caso. Em 27 de abril de 2021, os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça resolveram, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso interposto pela União. Na ocasião, resolveram também dar provimento ao recurso interposto por Juraci Nobre de Melo, nos termos do voto da Ministra Relatora.

Apesar de no inteiro teor do acórdão constar tão apenas o voto da Ministra Relatora, há neste a informação de que os Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Ministra Relatora.

1.2.1 Síntese fática do caso

Juraci Nobre da Silva era casada com Ubaldo de Oliveira Melo Júnior, ex-servidor público federal, falecido em 18 de julho de 2015.

Antes do falecimento, Ubaldo de Oliveira Melo Júnior se envolveu amorosamente com Edja Santos de Barros por um período de mais de 15 (quinze) anos – conforme alegou a companheira Edja Santos de Barros. A relação teria se iniciado em 2000, findando-se apenas em 2015, com a morte do indivíduo envolvido.

Após o falecimento de Ubaldo, administrativamente, foi concedida pensão por morte à Juraci Nobre da Silva, viúva do ex-servidor falecido.

Ante a relação extraconjugal que perdurou por mais de 15 (quinze) anos, Edja ingressou com ação judicial contra a União e Juraci Nobre, visando o reconhecimento de sua união estável com Ubaldo. Além do reconhecimento, pleiteou também a divisão da pensão por morte com a viúva do servidor, no percentual de 50% (cinquenta por cento).

Na ação judicial, Edja sustentou que dependia economicamente e financeiramente do ex-servidor falecido e que sempre residiram juntos. Foi informado também que, no início do relacionamento, Ubaldo disse à Edja que era divorciado, porém, no decorrer do relacionamento, descobriu que o *de cujus* ainda era casado, mas que se separou de fato, passando a conviver intimamente apenas com a requerente.

Em sede de primeiro grau, o Tribunal de Origem julgou improcedente a ação judicial ajuizada por Edja, por entender estar configurada a relação concubinária entre ela e o *de cujus*, situação essa não autorizadora do pagamento de pensão.

Não satisfeita, Edja interpôs apelação ao segundo grau de jurisdição visando a reforma do julgado.

O Tribunal Regional Federal, em nova análise, por sua vez, entendeu que, apesar de não estar demonstrada a separação de fato entre Juraci e Ubaldo, restaria configurada a união estável entre Ubaldo e Edja. Como consequência do reconhecimento, entendeu que Edja teria direito ao recebimento de pensão. A apelação foi então provida, para julgar procedente o pedido, condenando a União ao pagamento de pensão por morte à Edja, no percentual de 50% (cinquenta por cento), em concorrência com a viúva do falecido, Juraci.

Do acórdão, foram interpostos embargos de declaração por Juraci e pela União, visando reformar o acórdão recorrido, sem sucesso.

A União e a interessada Juraci – cônjuge e viúva do ex-servidor - , ingressaram com dois recursos especiais. Em primeiro lugar, sustentou a União que o ex-servidor faleceu na condição de pessoa casada, fazendo jus ao benefício da pensão vitalícia apenas a sua viúva Juraci. Para a União, a relação de mais de 15 (quinze) anos entre o *de cujus* e Edja enquadrava-se em relação concubinária, a qual não autoriza o pagamento de pensão por morte vitalícia. E relação de concubinato, portanto, seria distinta da relação marcada por união estável.

Na mesma linha argumentativa apresentada pela União, Juraci alegou que em nenhum momento aconteceu a separação de fato entre ela e o *de cujus*. Eles teriam sido casados até a data do seu falecimento, fato este não autorizador da concessão de pensão por morte à recorrida Edja. Na ocasião, sustentou também que a jurisprudência pátria e a legislação sobre o tema excluem a possibilidade de duas mulheres serem beneficiárias de um mesmo servidor nas condições concomitantes de esposa e concubina.

Após a análise das questões processuais, que não serão enfrentadas nesta pesquisa, a Ministra Relatora passou à análise de mérito dos recursos. Por tratarem das mesmas questões de mérito, os recursos foram analisados de maneira conjunta pela Relatora.

1.2.2 Razões do voto da Ministra Relatora Assusete Magalhães

A Ministra Relatora pontuou, com base nos julgados do caso das instâncias inferiores, que o ex-servidor falecido manteve casamento com Juraci Nobre até o dia da sua morte, sem a comprovação de separação de fato.

Em contrapartida, as provas também comprovariam que Ubaldo teve um longo casamento extraconjugal com Edja, autora da ação judicial, provendo-a econômica e financeiramente por mais de 15 (quinze) anos.

A partir das razões elencadas pelo Tribunal de origem, duas questões deveriam ser discutidas e analisadas, em sede de recurso especial. São elas: a) a possibilidade de se reconhecer uma relação extraconjugal como união estável; b) se a concubina, em caso de não reconhecimento de união estável, tem direito ao recebimento de pensão por morte, em concorrência com a viúva do ex-servidor falecido.

Para analisar a caracterização da união estável, a Ministra se valeu do disposto no art. 226, §3º da Constituição Federal, bem como da disciplina constante no art. 1º da Lei Federal nº 9.278, de 10 de maio de 1996, a qual reconhece como entidade familiar a convivência pública, duradoura e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A parte do dispositivo normativo federal que regulamenta o reconhecimento da união estável com o objetivo de constituição de família foi destacada, na ocasião do voto, pela Ministra.

A partir do conceito de união estável, teria então advindo a distinção entre as relações legítimas – marcadas pela união estável – e as relações adulterinas, que seriam aquelas que "não se amoldam às balizas estabelecidas pela lei" (BRASIL, 2021, p. 30). A distinção entre ambos os institutos teria sido feita pelo Código Civil de 2002, especialmente no que diz o art. 1.723 – que regulamenta a união estável -, o art. 1.521 – que dispõe que pessoas casadas não podem se casar novamente -, e o art. 1.727 – que regulamenta e conceitua o concubinato.

Com fundamento nesses dispositivos do Código Civil, a Ministra Relatora colacionou em seu voto, o quanto sedimentado no Recurso Especial nº 1.789.967/Rio Grande do Sul, o qual regulamentou que a união estável só poderia ser reconhecida se houvesse separação de fato entre os indivíduos do casamento precedente. Neste, fixou-se o entendimento de que a companheira tem direito ao recebimento de pensão por morte, desde que a separação de fato esteja comprovada no caso concreto. Além deste julgado, a Ministra se pautou em inúmeros

outros prolatados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que serão cuidadosamente analisados após a análise geral do voto da Ministra Relatora.

Com fundamento na jurisprudência da Corte Superior, a Ministra ponderou então que, inexistindo separação de fato, não seria possível reconhecer união estável e, muito menos, conceder efeitos jurídicos positivos que seriam dela decorrentes.

Para a Ministra, o caso exigiria, tão apenas, a análise e a correta designação jurídica para a relação de Ubaldo e Edja – relação afetiva de longa duração mantida com pessoa casada sem separação de fato: concubinato ou união estável.

Pautada no Recurso Especial nº 532.549/RS, julgado em 2005, a Ministra conceituou os termos "companheira" e "concubina" e diferenciou-os, para efeitos jurídicos. Diferentemente do que tentou fazer o Supremo Tribunal Federal, é possível percebermos uma clara vinculação da união estável ao casamento, sendo a primeira um estágio embrionário do segundo. Vejamos:

> Com efeito, na forma da jurisprudência de há muito firmada pelo STJ, 'há distinção doutrinária entre 'companheira' e 'concubina'. Companheira é a mulher que vive, em união estável, com homem desimpedido para o casamento, ou, pelo menos, separado judicialmente, ou de fato, há mais de dois anos, apresentando-se à sociedade como se com ele casada fosse. Concubina é a mulher que se une, clandestinamente ou não, a homem comprometido, legalmente impedido de casar. Na condição de concubina, não pode a mulher ser designada como segurada pelo cônjuge adúltero, na inteligência dos artigos 1.177 e 1.474 do Cód. Civil de 1916. Precedentes (STJ, REsp 532.549/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERICEIRA TURMA, DJU de 20/06/2005) (BRASIL, 2021, p. 34).

Para fazer a diferenciação entre ambos os conceitos e institutos jurídicos, a Ministra também se valeu da doutrina do clássico Caio Mário da Silva Pereira, publicada há mais de 24 (vinte e quatro) anos, quando do julgamento do caso.

O civilista Rolf Madaleno, na obra Direito de Família – colacionado pela Ministra no seu voto -, por sua vez, destacou a monogamia como um princípio do direito, não visualizado apenas como uma norma moral, mas como um preceito básico e organizador da sociedade. Ressaltou também que a infidelidade, proveniente de relações paralelas, traz perturbação para dentro da sociedade conjugal ou convivencial de orientação monogâmica. O fundamento para a monogamia, enquanto princípio do direito, seria proveniente do art. 1.521, inciso VI e do art. 1.724 do Código Civil Vejamos:

> O Código Civil define o concubinato como sendo as 'relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar' (art. 1.727), mas, logicamente, não inclui nesse conceito as pessoas casadas, mas separadas de fato ou divorciadas, habilitadas, portanto, a constituir união estável. O impedimento para uma nova união não se encontra no estado civil da pessoa, a qual pode ser casada ou manter uma relação de união estável, mas desde que esteja faticamente separada do cônjuge ou precedente

> companheiro.
> A censura da lei incide sobre o paralelismo dessas uniões, tendo em conta o princípio da monogamia, não visto apenas como uma norma moral, mas sim como um preceito básico e organizador das relações jurídicas da família brasileira, como forma de organização, representando um envolvimento afetivo paralelo, de curta ou longa duração, uma indisfarçável infidelidade que continua trazendo perturbação para dentro da sociedade conjugal ou convivencial de orientação monogâmica. O princípio da monogamia encontra eco no artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil, quando proíbe novo casamento de pessoa casada, sob pena de nulidade das segundas núpcias (CC, art. 1.548, inc. II), sendo inclusive a bigamia tipificada como crime pelo artigo 235 do Código Penal. (...) Da leitura do artigo 1.724 do Código Civil, não remanescem dúvidas acerca das relações pessoais entre os companheiros obedecerem aos deveres da lealdade, entendendo-se como condições elementares para a configuração da união estável a exclusividade do relacionamento. Portanto, em sintonia com o § 1o do artigo 1.723 do Código Civil, o casamento antecedente, ou a união estável precedente, ausente de uma separação de fato ou de corpos, impede a constituição legal de outra união estável ou de um segundo matrimônio. (....) Não constitui outra família quem prossegue residindo com a esposa e com os filhos conjugais, pois é pressuposto da vontade de formar família estar desimpedido para formalizar pelo matrimônio, ou pela via informal da união estável, uma entidade familiar. Aliás, querendo constituir família com a amante, tudo o que o bígamo precisa fazer é romper de fato ou de direito a sua relação com a outra pessoa, ficando até dispensado do divórcio judicial ou extrajudicial, porque com gesto simples de romper factualmente o passado lhe basta para assentar no presente uma relação de fidelidade e de exclusividade com o novo parceiro, e esta é a atitude suficiente para concluir pelo fortalecimento dos laços da nova relação e de que concentrou seus desejos e esforços em uma nova e única entidade familiar" (MADALENO, ROLF. in Direito de família. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.179/1.184) (MADALENO, 2017, apud, BRASIL, 2021, p. 35).

Para corroborar o seu entendimento – sob o qual a concubina não tem direito a recebimento de direitos -, a Ministra Relatora se valeu ainda de um julgamento prolatado há mais de 46 (quarenta e seis) anos pelo Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, ponderou que esse seria um dos poucos casos que o Supremo Tribunal Federal analisou, envolvendo a temática do concubinato adulterino, ocasião em que negou-lhe qualquer efeito, inclusive o patrimonial. Importante destacar que essa jurisprudência colacionada (RE 81.707/RJ) foi julgada em 1975, ou seja, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967. Nesse momento, a Ministra sequer colacionou julgados mais recentes sobre o assunto prolatados pelo Supremo Tribunal, o que, diga-se de passagem, eram muitos ao tempo do julgamento.

A Ministra ainda se referiu ao concubinato visualizado no caso como “concubinato impuro”, “concubinagem” e “concubinato adulterino”, em clara desatualização com os termos utilizados pela jurisprudência, legislação e doutrinas da época.

O concubinato foi a espécie então verificada no caso concreto, razão pela qual não poderia Edja receber a cota-parte de 50% (cinquenta por cento) sob a pensão por morte pleiteada. Nesse mesmo sentido, a Ministra colacionou diversos julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça analisados desde os anos 2000.

Além de demonstrar o estado de arte sobre o assunto no Superior Tribunal de Justiça, a Ministra ainda colacionou o entendimento consolidado no Recurso Extraordinário nº 590.7791/ES, analisado pelo ministro Marco Aurélio, há mais de 12 (doze) anos quando do julgamento do caso em concreto. Este, por sua vez, já foi analisado no capítulo anterior, mas foi emblemático justamente por ser um dos primeiros julgados a estabelecer a diferenciação entre concubina e companheira, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Para além do RE nº 590.779, foi colacionado também o RE nº 1.045.273/SE, o qual desencadeou o Tema nº 529, sob o qual fixou-se a seguinte tese, para fins de repercussão geral:

> A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, §1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de um novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (BRASIL, 2020, apud, BRASIL, 2021, p. 46).

A pretensão da autora da ação judicial, recorrida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, Edja Santos de Barros, não encontraria em suas palavras, portanto, respaldo no âmbito da jurisprudência ou no âmbito da legislação sobre o tema. Cotejando as provas do processo e a matéria puramente fática, ponderou a Ministra, diferentemente do que fez o tribunal de origem, que seria impossível reconhecer o status de união estável da relação mantida com o ex-servidor falecido, em razão de ser uma relação que se amolda muito mais ao concubinato.

Nos termos da jurisprudência, a Ministra Relatora deu parcial provimento ao recurso especial interposto pela União e total provimento ao recurso especial interposto por Juraci Nobre da Silva, restabelecendo a sentença proferida no âmbito de primeiro grau de jurisdição que julgou a ação ajuizada por Edja Barros improcedente.

1.2.3 Os julgados utilizados como fundamento das razões de decidir

Essencialmente, a Ministra Relatora utilizou julgados proferidos no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, para negar a concessão da pensão à Edja Barros.

Quanto ao mérito, em um primeiro momento, a Ministra citou o Recurso Especial nº 1.789.967/RS, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, publicado no Diário Oficial de Justiça em abril de 2019.

No mencionado recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça analisou a possibilidade de concessão de pensão por morte à companheira do falecido. No caso, o *de cujus* era casado, mas restou comprovada a separação de fato. A Corte não conheceu do recurso especial interposto, mas ponderou que possui o entendimento de que o reconhecimento da união estável

pressupõe a inexistência de impedimento para o casamento. Comprovada a união estável, assegura-se à companheira o direito ao recebimento de pensão por morte, desde que exista a comprovação de fato entre os ex-cônjuges envolvidos no caso concreto.

A Ministra fundamentou seu voto também com embasamento no Recurso Especial nº 1.770.426/PE, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, julgado em agosto de 2019 e publicado em setembro de 2019.

O caso também envolveu a concessão de rateio de pensão por morte entre esposa e companheira do *de cujus*. Na ocasião, a Corte interior concluiu pela existência de união estável no caso, suficiente para desencadear a concessão de pensão por morte à companheira. Neste, o Superior Tribunal de justiça também ressaltou o seu entendimento de que, para que haja o reconhecimento da união estável, é necessário que não haja impedimentos para o casamento, podendo-se assegurar a pensão por morte à companheira, ainda que o *de cujus* seja casado, desde que comprovada a sua separação de fato. Na ocasião, considerando a existência de separação de fato, a Corte considerou ser viável a concessão de pensão por morte à companheira.

Foi colacionado também o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 784.539/ES, relatado pelo Ministro Napoleão Nunes. O recurso, julgado em outubro de 2019, também analisou a possibilidade de concessão de pensão por morte à ex-companheira do falecido. Neste, a Corte entendeu que a ex-companheira possui os mesmos direitos da ex-cônjuge, ante a impossibilidade de se conceder tratamento discriminatório entre esposa e companheira. Na ocasião, o Superior Tribunal ponderou que o direito de recebimento de pensão reconhecido à ex-cônjuge deve ser também estendido à ex-companheira, que, após a separação, percebia mensalmente pensão do falecido.

Foi também juntado o Recurso Especial nº 820.067/PE, relatado pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, em 2008. Neste também foi reiterada a possibilidade de a companheira receber pensão por morte, desde que comprovada a separação de fato.

Para embasar a impossibilidade do reconhecimento de união estável, ante a ausência de separação de fato, a Ministra também se pautou no Recurso Especial nº 192.976/RJ, relatado pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado em novembro de 2000.

Essa ação também analisou a distinção jurídica entre os institutos companheira e concubina. Neste, assentou-se o entendimento de que *a companheira vive como se casada fosse*, em regime jurídico de união estável.

O Recurso Especial nº 684.407, relatado pelo Ministro Jorge Scartezzini, acórdão publicado em junho de 2005, também analisou o reconhecimento de união estável entre mulher

e homem casado, mas não separado de fato. Nesta ocasião, fixou-se o entendimento de que a ausência de separação de fato, obsta o reconhecimento da união estável e a concessão de efeitos jurídicos positivos.

O mesmo entendimento foi fixado no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.016.574/SC, no Recurso Especial nº 1.104.316/RS, no Agravo Regimental no Agravo nº 1.424.071/RO, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.344.664/RS, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.414/PB, no Agravo Regimental no RESP nº 1.147.046/RJ, no Agravo Regimental no ARESP 597.471.RS, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.418.167/CE, no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.583.241/AL, no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.725.214/RS, no Recurso Especial nº 1.810.926/RN, no Recurso Especial nº 1.754.008/RJ, bem como no Agravo Interno no ARESP nº 1.317.021/RJ.

Todos esses julgados foram colacionadas no voto da Ministra Relatora. Destaca-se que, em todas elas, restou clara a diferenciação feita pelo Superior Tribunal de Justiça quanto o patamar jurídico da união estável, capaz de gerar efeitos jurídicos positivos, e do concubinato, destinado à sombra do nosso sistema jurídico, incapaz de gerar qualquer efeito jurídico. Ante a repetição do assunto nos respectivos inteiros teores, esses julgados não são enfrentados de maneira pormenorizada.

Além destes, como já mencionado, também foi utilizado como fundamento o Recurso Extraordinário nº 590.7791/ES, já analisado nesta pesquisa, julgado há mais de onze anos, quando da análise do presente julgado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Foi também utilizado como fundamento o Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE, ocasião em que o Supremo Tribunal também analisou a possibilidade ou não de reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes. Este julgado, transformado no Tema nº 529, também já foi apreciado nesta pesquisa.

1.3 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1644886/ Rio Grande do Sul – O caso de Clarisse Maria Costa

O Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1644886 foi interposto por C.M.C em desfavor de C.K e outros. O caso foi enquadrado como segredo de justiça, razão pela qual optou-se por apresentar o caso com nomes fictícios.

O recurso foi distribuído para a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que, em 26 de abril de 2021, por unanimidade, os Ministros votaram para negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Relator. Há o registro de que os Ministros Nancy

Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Ministro Relator.

1.3.1 Síntese fática do caso

Clarisse Maria Costa ingressou com uma ação de reconhecimento e dissolução de união estável em desfavor de um indivíduo, já falecido quando do ajuizamento da ação. No entanto, restou comprovado que, durante a relação, esse indivíduo era casado. Há nos autos a informação de que a relação extraconjugal perdurou por mais de 39 (trinta e nove) anos.

O juízo do primeiro grau de jurisdição, com base nas provas colacionadas nos autos, julgou a ação ajuizada improcedente em virtude de a relação afetiva – a que se pretendia reconhecer como união estável – ter se dado de forma paralela ao casamento do falecido. Na ocasião, o juiz de primeiro grau entendeu que, para o reconhecimento da união estável, é necessário que a separação de fato esteja caracterizada.

Em sede de segundo grau, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não reformou a sentença, sob o argumento de que é inviável o reconhecimento de união estável simultânea ao casamento quando mantida a vida em comum entre os cônjuges

Da decisão que negou provimento ao apelo, a interessada Clarisse Maria Costa ingressou com recurso especial. Essencialmente, ela alegou violação ao art. 1.723, §1º do Código Civil. Na ocasião, argumentou que conviveu com o *de cujus* durante mais de 39 (trinta e nove) anos e que a convivência entre eles era pública e notória, sendo fato incontroverso.

Após a apresentação das contrarrazões, o recurso foi inadmitido na origem. Desta decisão que negou seguimento ao recurso, a parte interessada ingressou com agravo.

Por questões puramente processuais, o agravo foi conhecido para não se conhecer do recurso especial, por meio de decisão monocrática prolatada em 09 de março de 2020, pelo Ministro João Otávio de Noronha.

Da decisão, a parte interessada apresentou agravo interno. Neste, ressaltou a importância de se equiparar os direitos da esposa e da companheira, a partir da violação do art. 1.723 do Código Civil.

Após o exame de questões estritamente processuais, o Ministro João Otávio de Noronha, novamente, reconsiderou os termos de sua decisão e determinou a distribuição dos autos para julgamento do recurso especial interposto.

Em análise de mérito, por meio de decisão monocrática prolatada em 28 de outubro de 2020, o Ministro Ricardo Cueva, ponderou que o acórdão recorrido estaria em conformidade

com o entendimento já manifestado pela Corte no sentido de não ser juridicamente possível equiparar o concubinato adulterino à união estável. A decisão foi prolatada com fundamento no Recurso Especial nº 1.185.653/PE, no Recurso Especial nº 605.338/MT, no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.838.288/AC, e no Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 999.189/MS).

O agravo foi, ao final, conhecido para se negar provimento ao recurso especial interposto pela interessada.

Desta decisão, foi interposto mais um agravo interno pela interessada, o qual foi analisado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

1.3.2 O Voto do Ministro Relator

Como mencionado, a interessada interpôs agravo interno contra a decisão que conheceu do agravo para se negar provimento ao recurso especial interposto.

Neste, a interessada pleiteou, novamente, a sua equiparação, enquanto cônjuge, com a situação jurídica vivenciada pela esposa do falecido.

O exame do caso pelo Ministro Relator, iniciou-se a partir da análise do art. 1.727 do Código Civil, o qual regulamenta as relações de concubinato. Para além deste, foi utilizado também como fundamento jurídico os impedimentos para o casamento, presentes no art. 1.521 do Código Civil, o qual impede uma pessoa casada de contrair novo casamento. O embasamento legislativo também recaiu sobre o art. 1.727, §1º do Código Civil, o qual dispõe que a união estável não será reconhecida se os impedimentos do citado art. 1.521 se fizerem presentes, com exceção de se a pessoa casada estiver separada de fato.

Para fundamentar a necessidade de separação de fato para o reconhecimento de união estável, o Ministro também se pautou na doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira, presente na obra *Comentários ao Novo Código Civil.* Neste, o jurista fixou o entendimento de que o concubinato comporta duas espécies: o adulterino e o não adulterino, chamado também de união estável. Para Rodrigo da Cunha, com o qual concordou o Ministro Relator, a razão para a classificação distinta entre os tipos de concubinato não é moral. Essa distinção, por sua vez, seria proveniente de um princípio jurídico ordenador e organizador do Direito de Família. O artigo do Código Civil que regulamenta o instituto do concubinato, representa, em sua visão, a evolução do pensamento, na medida em que distinguiu a união estável do concubinato (PEREIRA, 2013, p. 182-183, apud, BRASIL, 2021, p. 3-7).

O caso envolvendo a interessada foi caracterizado como concubinato, não sendo possível, na opinião do Ministro, conceder-lhe o mesmo tratamento da união estável. Para tanto, foi utilizado como fundamento quatro precedentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido: o Recurso Especial nº 1.185.653/PE, o Recurso Especial nº 605.338/MT, o Recurso Especial nº 1.754.008/RJ e o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.838.288/AC.

No Recurso Especial nº 1.185.653/PE, julgado em 07/12/2010, o Superior Tribunal de Justiça também analisou ação de reconhecimento de união estável, sociedade de fato ou concubinato para fins de partilha de pensão previdenciária. O caso envolveu servidor público casado. Neste, o juízo, pautado no Recurso Extraordinário nº 590.779-1/ES, entendeu que não se poderia conceder ao concubinato adulterino o mesmo tratamento concedido à união estável. Na ementa do acórdão, foi juntada a seguinte conclusão fixada no mencionado Recurso Extraordinário: "A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina" (BRASIL, 2009, apud, BRASIL 2010, p. 1). A interessada que ingressou com a ação no caso, foi taxada de concubina da relação, não sendo parte legítima para receber a pensão previdenciária deixada pelo falecido.

O Superior Tribunal de Justiça também julgou caso similar, quando do exame do Recurso Especial nº 605.338/MT, julgado em 06/09/2005. Neste, foi fixado o entendimento de que os bens adquiridos na constância do concubinato não encontram resguardo, para fins de partilha, no Direito de Família. Neste, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça avaliou questões processuais que não autorizaram o conhecimento do recurso especial interposto.

Por sua vez, o Recurso Especial nº 1.754.008/RJ, foi analisado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 13/12/2018. Nessa ocasião, a Corte Superior entendeu que "a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica" (BRASIL, 2018, p. 1). Neste, foi fixado o entendimento de que não há necessidade de separação judicial para se reconhecer a união estável, mas tão apenas a separação de fato, que geralmente antecede a separação judicial. A relação de mais de 17 (dezessete) anos entre a autora da ação e o *de cujus* foi enquadrada como concubinato, não merecendo do direito, portanto, qualquer amparo jurídico, em razão de o falecido ter sido casado e não ter se separado de fato de sua esposa.

Por fim, o Ministro também colacionou como fundamento o entendimento fixado no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.838.288/AC, julgado em 04/05/2020, pela Terceira

Turma da Corte. Neste, também se lançou o entendimento sobre a impossibilidade de se reconhecer união estável se não houver caracterizada a separação de fato. O recurso foi interposto pela parte interessada no reconhecimento, sendo negado, por unanimidade, pelos membros da Turma.

A partir dos julgados citados, o Ministro concluiu que o acórdão recorrido, que reconheceu a relação de Clarisse Maria Costa com o falecido como concubinato, estava em harmonia com a jurisprudência da Corte, na medida em que esta não equipara a união estável ao concubinato.

Ao final, por unanimidade e nos termos do voto do Ministro Relator, foi negado provimento ao agravo interno.

1.4 O Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.832.859/GO – O caso de Jaqueline Modesto

O Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.832.859/GO foi distribuído perante a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, para a relatoria do Ministro Marco Buzzi.

O processo, decorrente da interposição de um recurso especial, foi enquadrado como segredo de justiça, razão pela qual os nomes das partes não foram divulgados. No entanto, assim como foi feito em alguns casos analisados nesta pesquisa, serão adotados nomes fictícios para se descrever os fatos, nomes esses que não possuem qualquer relação com os nomes verdadeiros das partes.

Ressalta-se, desde já, que os Ministros da Quarta Turma, por unanimidade, resolveram dar provimento ao agravo interno para negar provimento ao agravo em recurso especial, nos termos do voto do Ministro Relator.

Há no inteiro teor do acórdão o registro de que os Ministros Luis Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Ministro Relator.

O caso foi julgado em 22 de fevereiro de 2022 pela Corte.

1.4.1 Síntese fática do caso

Jaqueline Modesto relacionou-se amorosamente com Gilberto Ferreira. Contudo, ao tempo da relação, Gilberto era também casado com Suzane Ferreira. Em um determinado momento, não divulgado, Gilberto faleceu, razão pela qual Jaqueline Modesto ajuizou ação

declaratória de união estável *post mortem*, visando o reconhecimento jurídico de sua relação para a concessão posterior de efeitos previdenciários.

Em sede de primeiro grau, o juízo do Estado de Goiás negou provimento à ação, por entender que, ao tempo da relação, Gilberto ainda era casado com Suzane.

Jaqueline recorreu ao segundo grau de jurisdição, momento em que o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás entendeu não ser possível o reconhecimento da união estável concomitante ao casamento, sem que haja a comprovação da separação de fato entre os cônjuges, no caso, entre Gilberto e Suzane. O acórdão não alterou em nada a sentença prolatada pelo juízo de primeiro grau.

Do acórdão, Jaqueline apresentou recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça visando a reforma do acórdão prolatado pelo juízo de segundo grau e, consequentemente o reconhecimento de sua união estável *post mortem* com Gilberto.

O Tribunal de Justiça não admitiu o recurso especial interposto por Jaqueline.

Desta decisão, primeiramente, Jaqueline apresentou agravo para tentar reaver a situação, com o objetivo de que o Superior Tribunal de Justiça analisasse o mérito do recurso interposto.

Em decisão monocrática prolatada em 07 de maio de 2021, o Ministro Humberto Martins conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

Da decisão que não conheceu o recurso especial, a interessada Jaqueline ainda apresentou agravo interno no agravo em recurso especial, o qual foi analisado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

1.4.2 O voto do Ministro Relator

O Ministro Relator Marco Buzzi, colacionou em seu voto trechos do acórdão recorrido que demonstram que as provas dos autos não indicaram, com clareza, se houve separação de fato entre Gilberto e Suzane.

O foco da análise foi, justamente, na necessidade de configuração da separação de fato para o reconhecimento da união estável. Para tanto, fundamentou-se no Agravo Interno no AREsp nº 1644886/RS, no Recurso Especial nº 1838288/AC, ambos já analisados neste capítulo, e no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1349279/CE.

O Agravo Interno no Recurso Especial nº 1349279/CE apenas reforça o entendimento de que, para que haja o reconhecimento da união estável, é necessária a separação de fato entre os cônjuges. Esse precedente, analisado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi examinado e julgado em 19 de agosto de 2019. Neste, também foi lançado o entendimento de

que, com base na Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça, é inadmissível recurso especial quando o entendimento adotado pelo juízo de origem coincide com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Esse entendimento sumulado pode desencadear problemas para a seara do direito, na medida em que impossibilita uma análise pormenorizada do caso pelos ministros da Corte Superior. As especificidades de cada caso passam, na maioria das vezes, pelas mãos das Cortes Superiores, mas não são por elas examinadas e elencadas minuciosamente. A investigação torna-se rasa e mecanizada, podendo desencadear um engessamento na mudança de entendimento e evolução das teses jurídicas.

Para o Ministro, a alteração de entendimento do acórdão recorrido exigiria uma reanálise dos fatos e das provas pelo Superior Tribunal de Justiça, o que seria vedado pela Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. Para confirmar esse entendimento, colacionou em seu voto o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1801999/SP, julgado em 07 de dezembro de 2020, que fixou entendimento muito similar, no sentido de que a inversão do acórdão recorrido, demandaria reanálise dos fatos e provas, inviável em sede de recurso especial, nos termos da súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. O mesmo sentido foi colacionado nos Agravo Interno no AREsp nº 1.575.821, julgado em março de 2020, e no Agravo Interno do AREsp nº 898.706/SC, julgado em outubro de 2018.

Ao final, o Ministro votou para dar provimento ao agravo interno, reconsiderando a decisão da Presidência, bem como para negar provimento ao agravo em recurso especial.

Os Ministros da Quarta Turma resolveram, por unanimidade, em dar provimento ao agravo interno para reconsiderar a decisão da Presidência e, de plano, para negar provimento ao agravo em recurso especial, nos termos do voto do Ministro Relator.

Os Ministros Luis Salomão, Raul Araújo, Maria Gallotti e Antonio Carlos, como já mencionado, votaram com o Ministro Relator. Os seus respectivos votos não foram juntados no inteiro teor do acórdão.

Jaqueline Modesto ainda ingressou com embargos de declaração, mas que foram rejeitados pelos Ministros da Corte Superior por questões processuais. O mérito da demanda não foi analisado.

1.5 Agravo Interno no Recurso Especial nº 181822 / MG – O caso de Bárbara Atins

O processo envolvendo o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1811822 – MG foi catalogado como segredo de justiça, motivo pelo qual os nomes das partes foram abreviados.

Por essa razão, se utilizará na descrição do julgado, novamente, nomes fictícios, que não possuem qualquer relação com os nomes verdadeiros das partes.

O agravo interno no recurso especial foi distribuído para a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, sendo julgado em 14 de março de 2022.

1.5.1 Síntese Fática do Caso

Bárbara Atins conheceu Leopoldo Júnior e com ele se relacionou afetivamente por um período de, aproximadamente, 30 (trinta) anos – conforme alegado pela requerente. Do relacionamento, foram concebidos três filhos. Ocorre que, paralelamente e antes de se envolver com Bárbara, Leopoldo Júnior era também casado, sem a comprovação de separação de fato da sua esposa. Portanto, Leopoldo Júnior matinha os dois relacionamentos de maneira concomitante: um com Bárbara, com quem formou família e teve três filhos, e outro com a sua esposa.

Em data não divulgada, Leopoldo faleceu, razão pela qual Bárbara ingressou com uma ação judicial visando o reconhecimento de união estável.

O primeiro grau de jurisdição não deu provimento à ação ajuizada.

O mesmo entendimento foi fixado em sede de segundo grau, ocasião em que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) ponderou que não era possível se reconhecer a união estável entre Bárbara e Leopoldo, mesmo diante do extenso tempo de relação, em virtude de ele ser formalmente casado e não existirem provas de que, ao tempo da relação, estava separado de fato. O Tribunal pontuou também que o nosso ordenamento jurídico brasileiro não admite a existência de duas relações familiares simultâneas.

Após interpor embargos de declaração, Bárbara, que depois de 30 (trinta) anos de relacionamento não recebeu nada em virtude do falecimento de Leopoldo, interpôs recurso especial, visando o reconhecimento da sua união estável.

Em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisão monocrática prolatada pela Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, ponderou não ser possível o reconhecimento de união estável paralelamente a casamento pré-existente sem a comprovação de separação de fato entre os cônjuges. O impedimento, além de estar previsto na jurisprudência, também se faria presente no art. 1.723, §1º do Código Civil.

A alteração do entendimento, que prejudicou Bárbara, para o Superior Tribunal de Justiça, necessitaria de uma reanálise de fatos e provas, o que não seria possível ante a proibição constante na Súmula nº 7 da Corte Superior.

Por essas razões de mérito e por outras de ordem processual, o recurso não foi conhecido pela Ministra Relatora. A decisão monocrática foi prolatada em 13 de setembro de 2021.

Da decisão que não conheceu o recurso, foi interposto agravo interno pela parte requerente. Como o caso foi analisado por meio de acórdão, analisar-se-á ele, de maneira pormenorizada.

1.5.2 Razões de voto da Ministra Relatora

Bárbara Atins sustentou as mesmas alegações em sede de agravo interno. Pleiteou, novamente, pelo reconhecimento da união estável, ante as provas dos autos, ou, subsidiariamente, da sociedade de fato.

A Ministro Relatora, após analisar questões de ordem estritamente processual, entendeu que não seria possível rediscutir as questões de fato, ante o óbice constante na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, a qual, como já mencionado, impede o reexame do conjunto fático-probatório.

No entanto, em que pese a existência da Sumula nº 7, a Ministra Relatora ponderou que não se poderia reconhecer a união estável, ante a ausência de separação de fato entre o *de cujus* e a sua esposa. O entendimento foi amparado no Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 748.452, julgado em fevereiro de 2016, que também fixou o entendimento de que, para o reconhecimento da união estável, é necessária a existência de separação de fato.

No mesmo sentido, a Ministra também colacionou como fundamento o Recurso Extraordinário nº 883.168, julgado em agosto de 2021, também já analisado nesta pesquisa, no anexo anterior.

Ademais, foi pontuado que a exposição do mérito da questão – relacionada com a impossibilidade de reconhecimento da união estável, ante a ausência de separação de fato e de que o reconhecimento da separação de fato, descartada no acórdão recorrido, esbarraria na súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça -, não possui o poder de alterar a decisão de não conhecimento do recurso especial interposto, prolatada via decisão monocrática.

Para corroborar essa tese, a Ministra colacionou em seu voto o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 999.189/MS (julgado em 16 de maio de 2017), no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.418.167/CE (julgado em 24 de março de 2015), no

Recurso Especial nº 1096539/RS (julgado em 27 de março de 2012) e no Agravo no Recurso Especial nº 1.336.163/SP (julgado em dezembro de 2015).

Ainda que todos esses julgados tenham sido prolatadas em data anterior a 2020, data escolhida pelo recorte metodológico desta pesquisa, elas serão analisadas, de maneira incidental, com o objetivo de se demonstrar o fundamento jurisprudencial utilizado pela Ministra.

Primeiramente, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 999.189/MS, julgado em 2017, foi analisada ação judicial instaurada para o reconhecimento de união estável entre a requerente e um homem casado.

Neste, o Ministro Relator Antônio Carlos Ferreira ponderou que é sólido o entendimento em não se reconhecer como união estável, relação formada por meio de concubinato, simultâneo ao casamento, quando não estiver comprovada a separação de fato entre o parceiro casado e seu cônjuge.

Em que pese a fixação dessa tese, pautada essencialmente na jurisprudência do Supremo Tribunal e da Corte Superior, foi lançada também a teoria de que o recurso especial não comporta o reexame fático probatório de questões dos autos.

No caso, o Tribunal de origem entendeu pelo não conhecimento de união estável entre a requerente e o falecido, entendimento esse que não poderia ser alterado em sede de recurso especial.

A mesma teoria foi lançada no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1418167/CE, julgado em março de 2015. Nessa ocasião, sob relatoria do Ministro Napoleão Nunes, fixou-se o entendimento de que o impedimento para o casamento se constitui, também, em um impedimento para o reconhecimento da união estável, afastando, por si só, a possibilidade de rateio de pensão por morte entre esposa e companheira, salvo na situação em que existir, comprovadamente, separação de fato, o que não era o caso.

O Recurso Especial nº 1096539/RS, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, também envolveu uma ação de reconhecimento de união estável. O Superior Tribunal de Justiça qualificou a relação como concubinato. O falecido teria vivido um casamento por 36 (trinta e seis anos) e, nos últimos 3 (anos de vida), manteve relacionamento extraconjugal com a requerente. No caso, a esposa teria ficado inválida por grave acidente. Ante a situação, a Corte Superior entendeu que não seria justo se discutir a quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento da união estável paralela ao casamento válido.

O último julgado colacionado pela Relatora foi o prolatado nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1336163/SP, relatado pelo Ministro João Otávio de

Noronha. Neste, o mesmo entendimento foi fixado: não é possível reconhecer relação concubinária como união estável quando um dos envolvidos, casado, não estiver separado de fato.

Ao final, com base em toda essa jurisprudência, a Ministra negou provimento ao agravo interno interposto por Bárbara Atins, a qual não teve a sua relação com Leopoldo reconhecida.

Como mencionado, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça votaram, por unanimidade, por negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Ministra Relatora.

Inconformada, Bárbara ainda apresentou embargos de declaração, visando a reforma do acórdão prolatado, os quais foram rejeitados por questões de ordem processual.

1.6 Recurso Especial nº 1.391.954/RJ – O caso de Ana Maria Coutinho de Almeida

O Recurso Especial nº 1.391.954/RJ foi interposto por Esther Natividade Villa Alvarez Lima em desfavor de Ana Maria Coutinho de Almeida. O recurso teve como interessados Marcelo de Almeida Valle e a empresa Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A. Como os nomes das partes foram divulgados, infere-se que o processo não foi catalogado como segredo de justiça.

O recurso foi julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, em 22 de março de 2022. Por maioria, a turma deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Ministra Relatora. Quanto à preliminar, os Ministros Luis Felipe Salomão e Marco Buzzi foram vencidos. Quanto ao mérito, também foram vencidos o Ministro Marco Buzzi. Os Ministros Antonio Carlos Ferreira, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Ministra Relatora.

O inteiro teor do acórdão, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 27/04/2022, foi disponibilizado tão apenas com o voto da Ministra Relatora, razão pela qual os outros votos não serão enfrentados.

1.6.1 Síntese fática do caso

Esther Natividade Villa Alvarez Lima, recorrente no recurso especial interposto, era casada com um indivíduo de nome não divulgado. Detalhes relacionados ao tempo do casamento, também não foram juntados no voto.

Ao tempo do casamento com Esther, esse indivíduo conheceu Ana Maria Coutinho de Almeida, a recorrida no recurso especial. Com ela, manteve relação amorosa, pública e duradoura – desde 1970 -, apresentando-a, perante a sociedade como sua "esposa". Há nos autos o relato de que o indivíduo, em festas de réveillon, dividia o seu tempo com a esposa Esther e com a companheira – não considerada assim pelo Superior Tribunal – Ana Maria.

Com a companheira Ana Maria, o indivíduo teve um filho, chamado Marcelo de Almeida Valle, por isso foi também elencado como parte interessada no processo.

Em data não divulgada, mas anteriormente a 2022 – data de julgamento do recurso especial -, o indivíduo que mantinha dois relacionamentos amorosos faleceu. Antes do falecimento, fez um seguro de vida perante a empresa Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A.

O seguro de vida feito pelo *de cujus* fixou, como beneficiária, a companheira Ana Maria e, na sua falta, Marcelo de Almeida Valle, filho do *de cujus* com a companheira Ana Maria. O montante do seguro seria destinado no valor de 75% (setenta e cinco por cento) à companheira Ana Maria e o restante ao filho do casal, não elencando a esposa Esther, dentre os beneficiários.

Ação judicial foi movida para se questionar o enquadramento de Ana Maria como principal beneficiária do seguro de vida.

Em sede de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entendeu que existia, a despeito de ser casado e não ter se separado de fato, uma relação de companheirismo entre Ana Maria e o *de cujus*, razão pela qual seria devido o pagamento do seguro de vida à beneficiária.

Inconformada, Esther interpôs apelação dirigida para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ocasião em que foi reconhecido a existência de duas relações amorosas paralelas mantidas pelo *de cujus*: com Esther e com Ana Maria. Para o Tribunal, ambas as relações eram públicas e contínuas, sendo a relação com a companheira – assim considerada pelo Tribunal -, de longa duração.

Ante a qualidade de ambas as relações, públicas, contínuas e duradouras, entendeu o Tribunal que, dada a particularidade da causa, não mereceria observância o comando expresso no art. 793 do Código Civil, que regulamenta ser válida a instituição de companheiro como beneficiário de seguro, somente se, ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente ou de fato. Para o mencionado Tribunal, a aplicação do dispositivo ao caso concreto desencadearia sim uma solução, mas uma solução injusta, preconceituosa e ultrapassada, nestes termos:

> AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SEGURO DE VIDA. BENEFICIÁRIA. DISPUTA ENTRE A ESPOSA E OUTRA QUE A ELA SE EQUIPARAVA EM TERMOS DE RELAÇÃO AFETIVA. CONVIVÊNCIA PARALELA E PROPORCIONAL AO DA LEGÍTIMA COMPANHEIRA. ART.793 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. CONVIVÊNCIA DIÁRIA E DURADOURA DEVIDO RESPEITO À LIVRE VONTADE DO SEGURADO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PONDERAÇÃO DE VALORES. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.
> No caso presente o Segurado mantinha relações paralelas, tanto com a Apelante, sua esposa, como com a Apelada, companheira habitual e de longa data. Ambos os relacionamentos eram públicos e contínuos.
> Nessa hipótese, dada a particularidade da causa, não merece observância o expresso comando legal do art. 793 do Cód.. Civil, que levaria a questão a uma solução injusta, preconceituosa e ultrapassada, eis que não mais representa
> o sentimento que emana do atual e contemporâneo espírito social.
> Atividade interpretativa do julgador, que há de ir de encontro a uma averiguação principiológica e de forma a prestigiar a igualdade e a isonomia, além de respeitar de maneira ética a vontade do próprio segurado, que até a data do óbito foi quem contribuiu com o prêmio para a formação do capital (BRASIL, 2022, p. 5).

Inconformada, a esposa do *de cujus* interpôs recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, sob a alegação de que o art. 793 do Código Civil – que regulamenta os requisitos para inscrever companheira como beneficiária de seguro – estaria sendo violado, bem como dissídio jurisprudencial. Na ocasião, alegou que seguro de vida não poderia ser instituído por homem casado em favor de companheira quando a separação de fato não estiver presente, na medida em que estaria impedido legalmente de se casar com a companheira.

Por meio de acórdão, como já adiantado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou o pedido interposto por Esther.

1.6.2 Razões do voto da Ministra Relatora Isabel Gallotti

Logo no início do seu voto, a Ministra Isabel Galotti, ressaltou a importância do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na análise das provas, na medida em que se mostra a instância soberana nessa análise.

Ressalta-se que no acórdão recorrido, especialmente, consta relevantíssimo e avançado posicionamento do Tribunal de Justiça, em prol da companheira, Ana Maria. Na ocasião do julgamento da apelação, o desembargador que teve seu voto vencedor, ponderou que o dispositivo questionado do Código Civil, já *nasceu defunto* e que a sociedade já não está mais presa ao conservadorismo hipócrita das relações afetivas.

Com base na sentença e no acórdão recorrido prolatados nos autos da ação judicial, a Ministra resgatou dispositivos normativos constantes no Código Civil de 1916. A partir da interpretação conjunta dos findados artigos 1.777 e 1.474, teria se consolidado na jurisprudência

o entendimento de que seria vedado a inclusão da *concubina* como beneficiária de seguro de vida de homem casado.

Diferentemente do que as instâncias inferiores entenderam, a Ministra Relatora já externou, desde o primeiro parágrafo do voto e, sem analisar qualquer prova, o seu entendimento sobre a qualificação de Ana Maria na relação com o *de cujus*. Se, pelas duas instâncias inferiores – soberanas na análise das provas como mencionou a Ministra -, Ana Maria foi considerada companheira, agora, no Superior Tribunal de Justiça, ela foi desqualificada para o patamar de concubina.

Mesmo depois de 19 (dezenove) anos de vigência do Código Civil de 2002, a Ministra ponderou em sua análise o regramento constante no Código Civil de 1916. Assim como o antigo Código, citou também dois julgados antigos. O primeiro, o Recurso Especial nº 523.549/RS, julgado em 2005, e o segundo o Recurso Especial nº 1047538, julgada em 2008 – em relação a este último, pressupõe-se ser essa a jurisprudência citada, pois em seu voto, a Ministra não identificou o antigo precedente utilizado.

Frisa-se que, ao tempo do julgamento do presente recurso especial, mais de 18 (dezoito) anos se passaram em relação a prolação dos julgados utilizados como fundamento.

No Recurso Especial nº 532.549/RS, o Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Castro Filho, fixou o entendimento de que havia distinção entre os institutos "companheira" e "concubina". A concubina não poderia ser indicada como beneficiária de seguro pelo cônjuge *adúltero*, nos termos dos supracitados artigos 1.177 e 1.474 do Código Civil de 1916.

No Recurso Especial nº 1047538, por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça também analisou caso envolvendo seguro instituído em favor de companheira. Neste, também foi fixado o entendimento de ser vedada a instituição de *concubino* como beneficiário se seguro de vida.

Ocorre que, neste caso em especial, julgado em 2008, o Superior Tribunal de Justiça ponderou que cabia ao Tribunal de origem definir que a beneficiária era a companheira do falecido, essa questão seria definitiva para o julgamento do caso em sede de recurso especial, isto é, esse fato não poderia ser alterado pelo Superior Tribunal de Justiça. No caso, ficou comprovado que a beneficiária era a companheira do falecido, e não sua concubina, razão pela qual o direito da companheira em relação ao seguro de vida foi mantido pela Corte Superior.

No caso em análise nesta pesquisa, a Ministra ponderou que as regras previstas nos supracitados dispositivos do Código Civil de 1916 foram reproduzidas, de maneira literal, no art. 550 e no art. 793 do Código Civil.

Pautada na trajetória histórica da Corte Superior sobre a temática, o entendimento permaneceria na íntegra atualmente, desde o Código de 1916.

A Ministra Relatora, com base agora no Código Civil de 2002, preocupou-se em fundamentar os termos do seu voto com jurisprudência atual. Na ocasião, citou e utilizou como embasamento para negar direito à Ana Maria, o Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE exarado pelo Supremo Tribunal Federal, já analisado nesta pesquisa. Neste, foi fixada a tese no sentido de que a preexistência de casamento ou união estável de um dos conviventes, ressalvados os casos em que exista a separação de fato, impede o reconhecimento de um novo vínculo condizente ao mesmo período.

Utilizando tese fixada pelo Supremo Tribunal, a Ministra ponderou que, com base nos ideais monogâmicos, e na exigência de fidelidade recíproca, não haveria como, com embasamento no art. 793 do Código Civil, reconhecer a possiblidade de indicação de companheira como beneficiária de seguro de vida, se, ao tempo da indicação, o segurado era casado com outra pessoa e não separado de fato ou judicialmente.

Além de alterar o entendimento fixado pelo Tribunal *a quo*, a Ministra Relatora foi mais afundo. Considerando que não seria possível então a indicação de Ana Maria para ser beneficiária de seguro de vida, a Relatora analisou quem deveria, na verdade, ser enquadrado como beneficiário, contrariamente ao que foi fixado pelo *de cujus* na contratação do seguro de vida.

O seguro de vida deveria ser concedido então, na visão da Ministra, para o segundo beneficiário indicado pelo *de cujus*, que era o filho do casal – proveniente do relacionamento com Ana. Em relação ao filho do casal – Marcelo de Almeida Valle -, não incidiria, por sua vez, qualquer vedação legal.

Na falta deste segundo beneficiário indicado, residiria o regramento constante no art. 792 do Código Civil de 2002, que regulamenta que, na falta de indicação de beneficiário ou, se por qualquer motivo a pessoa indicada não puder ser beneficiária de seguro, metade do montante deverá ser concedido ao cônjuge, desde que não separado judicialmente, e o restante para os herdeiros, na ordem de vocação hereditária.

O recurso especial interposto por Esther, ao final, foi parcialmente provido pela Ministra Relatora para retirar do rol dos beneficiários do seguro de vida, a primeira beneficiária Ana Maria. Todo o capital fixado foi concedido tão apenas em relação ao segundo beneficiário, filho do relacionamento extraconjugal.

Como já mencionado, a Quarta Turma, por maioria, nos termos do voto da Ministra Relatora, votou por dar parcial provimento ao recurso especial interposto.

1.7 Recurso Especial nº 1.916.031/MG – O caso de Severina dos Santos

O Recurso Especial nº 1.916.031/MG ao ser interposto, foi dirigido para a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, para a relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

O Superior Tribunal de Justiça catalogou o processo como segredo de justiça, motivo pelo qual os nomes das partes não foram divulgados. Ante a esse fato, se utilizará, nesta análise, nomes fictícios, do mesmo modo como já foi feito em momentos anteriores.

O recurso especial foi interposto por Severina dos Santos, em desfavor de Lauro de Souza e Rosalina Gomes.

O recurso especial foi apreciado pela Terceira Turma em 03 de maio de 2022. Os Ministros votaram, por unanimidade, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso interposto, nos termos do voto da Ministra Relatora. Ressaltasse que apenas o voto da Ministra Relatora foi juntado no inteiro teor do acórdão.

1.7.1 Síntese fática do caso

Em meados de 1986, Lauro e Severina se conheceram e se envolveram amorosamente, constituindo-se, desde então, em união estável. Nos anos de 1991 e 1988, nasceram os dois filhos do casal. Em 2014, Lauro e Severina resolveram terminar a relação.

Ocorre que, após a constituição da união estável e, na constância da relação, Lauro conheceu Rosalina, com quem veio a se casar em 1989, após a relação com Severina ter se iniciado. Diferentemente da primeira relação, o casamento não se findou, estando vigente até, pelo menos, o julgamento do recurso especial interposto.

Lauro prosseguiu, de maneira simultânea, nas duas relações, pelo período de 1989 a 2014, ou seja, por mais de 25 (vinte e cinco) anos.

Ante ao término da relação, no ano de 2016, Severina ajuizou uma ação de reconhecimento e dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens, em desfavor de Lauro e Rosalina, para partilhar os bens amealhados durante a relação – período de 1986 a 2014.

Em sede de primeiro grau, o juízo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que estava caracterizada a união estável entre Severina e Lauro, mesmo na constância do casamento, razão pela qual seria admissível a partilha de bens.

Inconformados, Lauro e Rosalina recorreram ao segundo grau de jurisdição, por meio de apelação. Por maioria dos votos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento à

apelação interposta para reformar a sentença. Nessa instância, foi sedimentado o entendimento de que não se estaria diante de um concubinato de boa-fé, mas sim de concubinato impuro, tendo em vista que Severina, ao tempo da relação com Lauro, tinha conhecimento do casamento com Rosalina. O Tribunal entendeu também que o nosso ordenamento jurídico se baseia pela exclusividade e monogamia, sendo estes pressupostos indispensáveis para a configuração da união estável. Ante a essas diretrizes, o segundo relacionamento, mantido com Rosalina, deveria ter, então, prevalência.

Inconformada com o teor do acórdão que a elencou como concubina, Severina ingressou com recurso especial, visando o reconhecimento de sua relação que perdurou pelo período de mais de 28 (vinte e oito) anos. Relação esta que também resultou na prole de dois filhos.

Além de questões de ordem processual, Severina, elencada como recorrente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, argumentou em sede de recurso especial que seria possível o reconhecimento de união estável de maneira paralela a casamento, bem como a partilha de bens por traição, já que o acórdão recorrido violou o art. 1.723 do Código Civil de 2002.

1.7.2 Razões de voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi

Logo de início, a Ministra Relatora ponderou que é consolidado o entendimento na Corte Superior no sentido de ser inadmissível o reconhecimento de união estável ocorrida de maneira paralela a casamento. Para a constituição de uma união estável, seria necessário que não houvesse qualquer impedimento para a sua conversão em casamento ou, pelo menos, a existência de separação de fato. Com base no Recurso Especial nº 931.155, julgado em 2007, e no Recurso Especial nº 1.754.008, julgado em 2019, entendeu que para as relações que ocorrem à simultaneidade de outras, dá-se o nome de concubinato. O Recurso Especial nº 1.754.008/RJ já foi analisado nesta pesquisa, razão pela qual não será novamente enfrentado.

No Recurso Especial nº 931.155/RS, o Superior Tribunal de Justiça também analisou pedido de reconhecimento de união estável. Esse pedido também envolveu um casamento e uma relação, taxada como concubinato, de maneira concomitante.

Neste, a Terceira Turma da Corte definiu que, para o reconhecimento de união estável, é necessário que não existam impedimentos para o casamento ou, como já dito, que pelo menos o companheiro casado esteja separado de fato. Ante a existência de duas relações amorosas, deveria então prevalecer para o direito o vínculo da mulher casada. Na ocasião, foi ponderado que a concubina não possui qualquer prerrogativa no direito de família à partilha de bens deixados pelo *concubino.*

A relação, neste caso, foi reconhecida como relação concubinária, razão pela qual a união estável não foi reconhecida.

Pontua-se que, nenhuma prova foi analisada de maneira aprofundada pela Ministra. No entanto, a caracterização da relação como relação de concubinato foi, de pronto, reconhecida.

Voltando para o julgado principal sob investigação, a Ministra Relatora também se baseou na tese fixada no já analisado Recurso Extraordinário nº 1.045.237/SE, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual deu ênfase à consagração aos deveres da fidelidade e monogamia no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Pautada no Recurso Especial nº 1.628.701/BA, foi feita na ocasião do presente recurso especial interposto por Severina, a diferenciação entre os institutos do concubinato puro, impuro e desleal. Ao final do julgamento, a relação de Severina e Lauro foi, por um determinado período, enquadrada no concubinato impuro.

Um detalhe dos fatos foi reconhecido pela Ministra Relatora, muito importante para o posterior estudo crítico dos julgados: o fato de que a relação de Severina e Lauro ter se iniciado antes do casamento entre Lauro e Rosalina. A relação entre Severina e Lauro iniciou-se em 1986 e o casamento foi celebrado apenas em 1989.

No exame dos julgados da Suprema Corte e do Superior Tribunal, não foi verificado qualquer situação similar a essa. Esse ineditismo dos fatos foi destacado pela Ministra Relatora, decisivo para se conceder parcial provimento ao recurso interposto: “Trata-se de um cenário bastante singular pois que, examinando-se os precedentes desta Corte sobre a matéria, percebe-se que todos eles foram formados a partir da premissa de que o casamento era pré-existente ao outro relacionamento” (BRASIL, 2022, p. 13).

Diante do imediatismo fático do caso, a Ministra Relatora fez questão de separar dois períodos: o compreendido entre 1986 e 1989 (antes da celebração de casamento entre Lauro e Rosalina) e o período compreendido entre 1989 e 2014 (período do relacionamento entre Severina e Lauro em que havia impedimento para a transformação em casamento, tendo em vista a celebração do matrimônio entre ele e Rosalina).

Em relação ao primeiro período, entendeu a Ministra que a união estável restaria configurada. Quando da celebração do casamento, a relação afetiva entre Severina e Lauro se transformou, involuntariamente, em concubinato impuro. Essa classificação foi atribuída em função de Severina ter o conhecimento de que Lauro casou-se com outra pessoa.

Também foi ponderado que a sentença recorrida concedeu a partilha de bens, mas sequer considerou a efetiva contribuição de Severina para a construção do patrimônio comum.

Em relação ao primeiro período, antes da celebração do casamento, entendeu que seria cabível a partilha, desde que existisse prova concreta de esforço direto e indireto de Severina. A partilha, nesse caso, foi viabilizada por ter se configurado, exclusivamente nesse período, a união estável.

Em relação ao segundo período, em que a relação se transformou em concubinato impuro, a Ministra entendeu que a relação deveria ser enquadrada como sociedade de fato, de modo que a partilha dos bens entre os interessados deveria ocorrer não nos moldes do Direito de Família, mas nos moldes do direito obrigacional. Em relação ao segundo período, entendeu a Ministra que deveria também existir prova de que Severina contribuiu para a formação do patrimônio comum, nos moldes da antiga Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal e do precedente Recurso Especial nº 1.628.701/BA, julgado em 2017, já citado nesta análise.

Como não houve menção dos tribunais inferiores sobre a contribuição de Severina para a formação do patrimônio em comum, a Ministra remeteu as partes à fase de liquidação, momento em que essas questões de fato poderiam ser novamente apuradas.

Ao final, o recurso especial foi conhecido e lhe foi dado parcial provimento para reconhecer a união estável entre Severina e Lauro pelo período de 1986 a 1989, a relação de concubinato impuro e sociedade de fato entre Severina e Lauro no período de 1989 a 2014. A partilha, para ser concedida, em ambos os períodos, deveria ser precedida de comprovação do esforço comum direto e indireto de Severina. A partilha, caso fosse feita, deveria observar, além de todos os requisitos impostos, a meação de Rosalina como esposa de Lauro.

Como mencionado, ao final, os Ministros votaram, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, em conhecer o recurso e lhe dar parcial provimento.

Após, Lauro e Rosalina apresentaram embargos de declaração, os quais, por questões processuais, foram rejeitados.

Da decisão que rejeitou os embargos, as partes inovaram em novos embargos de declaração, os quais foram, novamente, rejeitados.

Não satisfeitos, Lauro e Rosalina ainda apresentaram embargos de divergência no recurso especial, os quais, novamente e por questões processuais, foram rejeitados, por decisão monocrática emitida pelo Ministro Francisco Falcão, em 09 de maio de 2023.

1.8 Agravo Interno no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.424.071/RO – O caso de Maria do Socorro Ximenes

O agravo interno foi interposto por Maria do Socorro Ximenes Aires e outros, em desfavor da União. O recurso foi distribuído para a Corte Especial, instância essa em que, em 7 de junho de 2022, foi apreciado pelos Ministros, sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi.

Adianta-se, desde logo, que os Ministros, por unanimidade, votaram para negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Relator.

1.8.1 Síntese fática do caso

Maria do Socorro Ximenes e seus filhos ajuizaram uma ação ordinária em desfavor da União e de Maria José Rebello de Souza, com o objetivo de receber pensão previdenciária, em decorrência do falecimento do ex-servidor público federal Antônio Clemente Rebello de Souza. Maria Ximenes visou receber a pensão previdenciária na condição de companheira do falecido.

Ressalta-se que, da relação entre Maria Ximenes e Antônio Clemente nasceram filhos, de idade e nomes não divulgados.

Em sede de primeiro grau, o juízo julgou parcialmente procedente o pedido apresentado, condenando a União somente ao pagamento de pensão aos filhos do *de cujus*.

Inconformada, Maria Ximenes recorreu ao segundo grau de jurisdição, via apelação. Após análise das provas, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reformou a sentença em parte, para dar provimento ao pedido formulado pela recorrente. Nessa instância, assegurou à recorrente o direito ao rateio da pensão por morte instituída pelo *de cujus* com a viúva. Na opinião deste Tribunal, restou claro que, não obstante ser o *de cujus* casado ao tempo do seu falecimento, há provas indicativas de que ele também tinha relação amorosa com Maria Ximenes. Assim, o arcabouço probatório era indicativo de que Antônio Clemente estabeleceu dois núcleos familiares: um com sua esposa Maria José Ferreira Rebello de Souza e outro com Maria Ximenes, na condição de companheira.

Após a interposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados, a União apresentou recurso especial, ao qual, por questões processuais, foi negado seguimento.

Desta decisão, a União apresentou agravo, sustentando que os pressupostos processuais do recurso especial se encontravam presentes.

Em nova apreciação, por meio de decisão monocrática, o Ministro Relator conheceu do agravo interposto, para dar provimento ao recurso especial. No mérito, o Superior Tribunal de Justiça reformou o acórdão recorrido, que reconheceu os direitos de Maria Ximenes, para restabelecer os moldes fixados na sentença, que reconheceu os direitos tão apenas dos filhos de

Maria Ximenes e Antônio. Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o caso era, na verdade, de concubinato, e não de união estável.

Diante da mudança de entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, Maria Ximenes interpôs agravo regimental contra a decisão que reformou a sentença. Neste instrumento, argumentou que manteve com o falecido relação de união estável e não de concubinato.

A relação entre Maria Ximenes e Antônio durou, conforme consta na peça, um período de 16 anos. O relacionamento teria se iniciado em 1981 e perdurado até janeiro de 1997, momento em que Antônio faleceu.

Na análise do agravo regimental, o Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima ponderou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de ser possível o reconhecimento de união estável de pessoa casada, desde que haja a comprovação da separação de fato ou judicial.

Para negar o status de união estável à relação que perdurou por mais de 16 (dezesseis) anos, o Ministro se utilizou do Recurso Extraordinário nº 590.779 analisado pelo Supremo Tribunal Federal, já enfrentando no capítulo anterior.

No âmbito da Corte Superior, não foi feita a reanálise de provas. Considerou-se, tão apenas, as premissas fáticas fixadas nos acórdãos recorridos, que consideraram que Antônio não estava separado de sua esposa, ao tempo do seu falecimento.

Com base na jurisprudência sedimentada sobre o assunto e nos acórdãos recorridos, a Corte Superior negou provimento ao agravo regimental.

Da decisão que negou provimento ao agravo regimental, Mariana Ximenes interpôs embargos de declaração. Nesta ocasião, o Ministro Relator ponderou não ser possível a aplicação do art. 226 da Constituição Federal – que reconheceu a união estável como família - ao caso em concreto.

Para a Corte Superior, os embargos se apresentaram como mero inconformismo com o resultado do agravo regimental, razão pela qual, foram rejeitados.

Após, Maria Ximenes ainda apresentou recurso extraordinário, que passou, pelas regras processuais, pela análise do Superior Tribunal de Justiça.

Em 17 de abril de 2013, por meio de decisão monocrática, não foi dado seguimento ao recurso.

Não conformada, Maria Ximenes apresentou novo recurso extraordinário contra o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que não deu provimento ao agravo regimental interposto.

Em 07 de abril de 2022, o Ministro Jorge Mussi, por meio de decisão monocrática, entendeu que o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça estaria em conformidade com a jurisprudência, a exemplo do Recurso Extraordinário nº 669.465, já examinado anteriormente,

Para o Ministro, o caso em concreto se adequa ao quanto firmado no Tema nº 526 do Supremo Tribunal Federal, que regulamenta as relações afetivas mantidas de maneira paralela a um casamento.

Sem adentrar nas provas do caso, o Superior Tribunal entendeu que era o caso de aplicação imediata do mencionado tema, razão pela qual foi negado seguimento ao recurso extraordinário interposto.

Maria Ximenes ainda interpôs agravo interno contra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário.

Na ocasião do seu agravo interno, sustentou Maria do Socorro Ximenes que o seu caso não se enquadrava na mencionada tese. Afirmou que Antônio Clemente, o falecido, já não estava mais vivendo com Maria José Ferreira, com quem foi casado, e que à época em que se conheceram, já haviam se separado de fato.

Ante o suposto não enquadramento do caso no tema, a defesa de Maria Ximenes alegou que não recebeu a devida atenção quanto as provas dos autos e a sua relação com os fatos narrados, pois o Tema nº 526, enquadrado pela decisão recorrida, nada teria relação com o caso em concreto.

O caso, como mencionado, foi distribuído para a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

1.8.2 Razões do voto do Ministro Relator

Para o Ministro Relator, a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário deveria ser mantida.

O indeferimento do pleito ocorreu em virtude do julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.465 RG/ES, sob a sistemática da repercussão geral, apta a vincular todos os outros casos com a mesma matéria e objeto.

Antes de aplicar de maneira fria e crua o Tema nº 526 (RE nº 669.465) ao caso em análise, o Ministro não fez qualquer investigação, mesmo que de maneira breve, das provas elencadas pela parte. Comprometeu-se, tão apenas, a colacionar em seu voto a ementa do

acórdão que deu origem ao Tema nº 526, bem como dos acórdãos e decisões pretéritas envolvendo o caso.

Repita-se, sem analisar qualquer prova suscitada pela defesa, o Ministro entendeu que o acórdão recorrido, que negou seguimento ao recurso extraordinário, estava em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, incidindo, de todo modo, a tese fixada no Tema nº 526 da Suprema Corte.

Ao agravo interno foi negado, então, provimento.

Após a negativa de provimento ao agravo pela Corte Especial, Maria Ximenes ainda apresentou novos embargos de declaração. Este, por questões processuais, foram rejeitados.

1.9 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.956.138/SP – O caso de Jacilene Nogueira Clementino

O Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.956.138/SP, teve como agravante Jacilene Nogueira Clementino e agravado Célia Maria Pimentel Ribeiro e Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O recurso foi distribuído para a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual, sob relatoria do Ministro Relator Herman Benjamin, votou, por unanimidade, em negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Ministro Relator.

Antes do agravo interno, a parte requerente ainda interpôs agravo. Por estar totalmente atrelado aos fatos do caso, esse recurso será também analisado.

1.9.1 Síntese fática do caso

Jacilene Nogueira Clementino apresentou agravo contra decisão que não admitiu seguimento ao seu recurso especial interposto.

O recurso especial teve por objetivo reformar acórdão prolatado pelo Tribunal Regional da 3ª Região, que negou a concessão de pensão por morte à recorrente, por achar que a sua relação com o *de cujus* era de concubinato e não de união estável. Na ocasião, a união estável não foi reconhecida.

No mencionado nobre recurso, Jacilene comprovou que a relação dela com Lauro durou por mais de 8 (oito) anos e que, em sua doença, foi ela quem lhe deu toda a assistência e cuidado. No apelo, a recorrente também alegou que a esposa do *de cujus* não tinha mais, ao tempo do falecimento, qualquer laço de convivência.

Da relação, foram concebidos dois filhos. Em tese, Jacilene só soube que Lauro era casado quando a sua esposa, Célia, compareceu em sua residência no momento do nascimento de um dos filhos do casal.

Foi alegado também que Lauro sempre morou com Jacilene e que a habitação conjunta só foi interrompida quando a filha do *de cujus* ficou doente, momento em que mudou-se de residência para cuidar dela.

Jacilene dependia financeiramente de Lauro.

Por questões estritamente processuais, o Ministro Humberto Martins conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

Desta decisão que não conheceu o recurso especial, a parte ainda apresentou agravo interno. O acórdão prolatado no agravo interno, exarado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi o acórdão que foi localizado na pesquisa de jurisprudência desta pesquisa. Assim sendo, ante a sua importância, passa-se à análise das razões de julgamento do Ministro Relator.

1.9.2 Razões do voto do Ministro Relator

Pois bem. A controvérsia foi bem delineada pelo Ministro Relator: "Cinge-se à controvérsia sobre a concessão do benefício previdenciário da pensão por morte para a companheira" (BRASIL, 2022, p. 8).

Diferentemente do que foi reconhecido pela instância inferior, o Ministro referiu-se à Jacilene não como concubina, mas como companheira do falecido.

Por questões estritamente processuais, entendeu o Ministro Relator que o recurso não mereceria conhecimento. No entanto, adentrou ao mérito da questão.

Com fundamento no Recurso Especial nº 1894963/AL, julgado em 2021, já analisado nesta pesquisa, ponderou que o Superior Tribunal de Justiça já tem o entendimento de que, para o reconhecimento da união estável, é necessário que o convivente casado esteja, pelo menos, separado de fato. Somente com essa separação seria possível reconhecer juridicamente a relação e, por conseguinte, conceder à companheira a pensão previdenciária.

O Ministro se baseou no acórdão recorrido sobre as questões fáticas, que foi enfático ao afirmar que Lauro não se separou de fato de Célia e que, diante da simultaneidade das duas relações, mereceria proteção a relação permeada pelo matrimônio.

Novamente, não houve qualquer reanálise de provas ou, sequer, análise crítica do julgado. O Ministro tão apenas reproduziu o entendimento fixado nas instâncias inferiores em seu acórdão para fundamentar o seu entendimento.

Para o Relator, o acórdão recorrido estaria em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual não mereceria qualquer alteração.

Além da questão de mérito, o Ministro ainda encontrou outra saída para não acolher a pretensão da autora. Ele também se valeu da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, que proíbe reanálise de fatos e provas em sede de recurso especial. Para fundamentar sua conclusão, foi utilizado como fundamento o entendimento lançado no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1853939/RS, relatado pelo Ministro Manoel Erhardt, julgado em 2021. Ante a importância deste julgado, será analisado em seguida, de maneira pormenorizada.

Ao final, o Ministro negou provimento ao agravo interno interposto.

A Segunda Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Ministro Relator: Mauro Campbell, Assussete Magalhães e Francisco Falcão.

1.9.3 Agravo Interno no Recurso Especial nº 1853939/RS – O caso de Cleuza Antoninha Furtunato Guterres

O agravo interno foi interposto por Cleuza Antoninha Furtunato Guterres, em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O caso foi distribuído para a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que, sob relatoria do Ministro Manoel Erhardt, os Ministros votaram para negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

No caso, Cleuza Antoninha pleiteou a concessão de pensão por morte em decorrência do falecimento do seu companheiro.

Em sede de segundo grau, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região não deu provimento à ação, por entender que a união estável não restou configurada. Em que pese o não provimento, foi reconhecido pelo Tribunal de origem, por meio das provas testemunhais, a existência de união estável entre a recorrente e o *de cujus*, bem como a sua dependência econômica.

Dentre as provas elencadas pelo Tribunal, consta, até mesmo, escritura de união estável firmada entre Cleuza e o *de cujus*, datada de 05 de outubro de 2016, declarando convivência pelo prazo de dois anos.

De maneira monocrática, o Ministro Relator, em um primeiro momento, não conheceu o recurso especial.

Desta decisão, Cleuza Antoninha interpôs agravo, ocasião em que foi prolatado o acórdão que foi citado pelo julgado principal sob análise.

Considerando o entendimento fixado no acórdão de origem, no sentido de que não restou configurada a união estável, entendeu o Ministro Relator que a alteração do julgado demandaria reanálise dos fatos e das provas. A reanálise dessas provas seria vedada em sede de recurso especial, ante a existência da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

> Com efeito, a Corte local reconheceu que as provas dos autos não são capazes de demonstrar a alegada união estável. Entendimento diverso, conforme pretendido, implicaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, circustância que redundaria na formação de novo juízo acerca dos fatos e provas, e não de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, o que impede o seguimento do recurso especial. Sendo assim, incide a Súmula 7 do STJ, segundo a qual *a simples pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial* (BRASIL, 2021, p. 7).

Esse entendimento é consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pois inúmeros outros julgados, a exemplo do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.801.999/SP e Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.680.275/SP, tratam sobre a mesma temática.

Ao final, o recurso de Cleuza interposto foi negado provimento.

1.10 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2087080/TO – O caso de Ana Maria Falconi

O Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2087080/TO foi interposto por A.M.F em desfavor de M.A.C.C e outros.

O caso foi distribuído para a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que, em outubro de 2022, os Ministros votaram, por unanimidade e nos termos do voto da Ministra Relatora, em negar provimento ao recurso.

O julgamento foi finalizado em 10 de outubro de 2022, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

Para este caso, também se adotou, para melhor ilustrar a situação, nomes fictícios.

1.10.1 Síntese fática do caso

Ana Maria Falconi se envolveu com Nelson Lousada em 1975, na zona rural de Tocantins, passando a morar com ele em uma fazenda chamada Fazenda Cinco Irmãos.

Pelo interior de Tocantins, onde moravam, Nelson Lousada apresentava Ana Maria como se sua esposa fosse. Da relação, adveio uma filha, reconhecida por Nelson Lousada.

Ocorre que, Nelson, ao tempo da relação, também era casado (desde 1949) com Marina Andrade Costa e Costa, mantendo o casamento com a sua esposa no Município de Uberaba, em Minas Gerais.

Em Uberaba, Nelson também vivia com a esposa, sem qualquer separação de fato ou judicial.

Quando Ana Maria Falconi se envolveu amorosamente com Nelson, ela tinha tão apenas 12 (doze) anos de idade. A relação durou por 38 (trinta e oito) anos, desde 1975 até 31/07/2013, quando Nelson Lousada faleceu.

Ante a dependência econômica e a existência de uma filha do casal, Ana Maria Falconi ingressou, perante o Tribunal de Justiça de Tocantins, com uma ação judicial visando o reconhecimento de sua união estável *post mortem*.

Em sede de primeiro grau, a ação judicial foi considerada improcedente.

O Tribunal de Justiça de Tocantins, em segundo grau de jurisdição, analisando apelação interposta por Ana Maria Falconi, entendeu que não havia comprovação de que Nelson Lousada tinha se separado de fato de sua esposa Marina Andrade, razão essa que impediria o reconhecimento da união estável com Ana Maria Falconi.

Apesar de não considerar caracterizada a união estável, o Tribunal considerou que o falecido Nelson manteve, por 38 (trinta e oito) anos, uma vida dupla, mantendo "duas famílias". Em Tocantins, Nelson se apresentava socialmente com Ana Maria. Já em Uberaba, vivia com a sua esposa Marina Andrade.

Dentre os documentos comprobatórios, o Tribunal de origem elencou os dados bancários e as procurações deixadas pelo *de cujus*, que se declarava casado e informava, em seus dados pessoais, o seu endereço em Uberaba, onde a esposa residia. O fato de a recorrente não ter se feito presente no velório do falecido, ocorrido em Uberaba, chamou também atenção do juízo *a quo* para presumir a ausência de separação de fato e negar o reconhecimento da união estável.

Inconformada com o que o Tribunal de Justiça de Tocantins decidiu, Ana Maria Falconi recorreu ao Superior Tribunal de Justiça por meio de recurso especial.

Neste instrumento, a requerente alegou violação ao art. 1.521, 1.723 ao 1.727, do Código Civil, bem como aos arts. 1º e 2º da Lei Federal nº 9.278/1996, ao art. 226 da Constituição Federal, bem como dissídio jurisprudencial.

Alegou também que foi excluída da partilha dos bens de Nelson Lousada junto com a sua filha. Também pleiteou o reconhecimento da união estável putativa, possibilitando à concubina o direito à meação de bens.

No Tribunal de origem, ao recurso, não foi dado seguimento. Por essa razão, Ana Maria apresentou agravo, que foi diretamente analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, de maneira monocrática, em 03 de agosto de 2022, pela Ministra Relatora Nancy Andrighi.

A Ministra Relatora, analisando os termos do acórdão recorrido, entendeu que não seria possível alterar o entendimento fixado sem reanalisar os fatos e as provas. Assim, o pedido formulado pela recorrente incidiria na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Além desta questão de ordem processual, com base na Súmula nº 568 daquele Tribunal Superior, a Ministra entendeu que o recurso deveria ser desprovido, pois, a jurisprudência da Corte estaria consolidada no sentido de que é inadmissível o reconhecimento de união estável de maneira concomitante ao casamento, quando não há, em relação a este último, separação de fato ou judicial. À união que ocorre de maneira simultânea e paralela a casamento, dá-se, segundo a Relatora, o nome de concubinato.

Para tanto, além da Súmula nº 568 do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra também se valeu do entendimento fixado no Recurso Especial nº 931.155, 3ª Turma, julgado em 2007, e no Recurso Especial nº 1.754.008/RJ, julgado em 2019. Os dois julgados já foram devidamente analisados nesta pesquisa.

Por essas razões, o primeiro agravo interposto, analisado de maneira monocrática, foi conhecido e, com fundamento na Súmula nº 568 do Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial interposto foi conhecido parcialmente e, nessa extensão, lhe foi negado provimento.

Da decisão, foi interposto ainda agravo interno, o qual foi analisado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

1.10.2 Razões do voto da Ministra

Em quase sua integralidade, a Ministra repetiu os mesmos argumentos anteriormente apresentados.

A incidência da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça foi novamente ressaltada, impedindo a reanálise dos fatos e das provas.

O mesmo fundamento, inclusive jurisprudencial, foi utilizado para se designar a relação de Ana Maria e Nelson como relação de concubinato. O Recurso Especial nº 931.155 e o Recurso Especial nº 1.754.008, foram novamente citados.

A aplicação da Súmula nº 568 foi mantida.

Não houve qualquer reanálise das provas e dos fatos apresentados. Não houve também inovação quanto a fundamentação legal e jurisprudencial.

Ao final, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso interposto, nos termos do voto da Ministra Relatora.

1.11 Recurso Especial nº 1.974.218/AL – O caso de Lúcia Maria

O Recurso Especial nº 1.974.218/AL, foi interposto por Berenice e pelo espólio de Severino, em desfavor de Lúcia, visando desconstituir acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, que julgou a ação procedente em favor de Lúcia Maria.

O instrumento recursal foi distribuído para a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Relatora Nancy Andrighi. Em 08 de novembro de 2022, os membros da Turma decidiram conhecer em parte do recurso especial e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Ministra Relatora.

1.11.1 Síntese fática do caso

No ano de 2001, Lúcia ingressou com uma ação de reconhecimento de união estável, cumulado com a constituição de condomínio, em face de Severino.

O Tribunal de origem, no primeiro grau de jurisdição, julgou procedente o pedido de reconhecimento de união estável, pelo período de 27/12/1980 e 13/02/2007, ou seja, foi reconhecido mais de 26 (vinte e seis) anos de relação. Na ocasião, reconheceu-se também a configuração de condomínio, em partes iguais, sobre todos os bens adquiridos naquele período.

A demanda foi ajuizada quando Severino ainda estava vivo, pois ainda pôde apresentar contestação na ação, apresentando as suas versões dos fatos.

A sentença foi confirmada em sede de acórdão prolatado em segundo grau de jurisdição, pelo Tribunal de Justiça do Alagoas.

Ocorre que, a demanda tramitou sem a notificação e intimação de Berenice, esposa de Severino, razão pela qual ela ajuizou uma ação rescisória, com o objetivo de anular a sentença inicialmente proferida. A ação foi julgada procedente, ocasionando a desconstituição do

acordão, para que Berenice fosse citada e integrasse o polo passivo da demanda em que se pretendia o reconhecimento da união estável.

Após a regular instrução, foi proferida, nos autos da demanda de reconhecimento de união estável, nova sentença. Nesta, confirmou-se o reconhecimento anteriormente feito: foi reconhecida a união estável mantida entre Lúcia e Severino, pelo período de 27/12/1980 a 13/02/2007, data do falecimento de Severino.

No primeiro grau de jurisdição, ficou claro para a autoridade julgadora que Severino e Berenice, sua esposa, apesar de formalmente casados, estavam separados de fato desde 27/12/1980, data em que a relação com Lúcia teria se iniciado. Além da separação de fato, restou comprovado naquele juízo a presença dos pressupostos autorizadores do reconhecimento da união estável.

Da relação de Lúcia e Severino, foi concebida uma filha. Fora desta relação, contando com o casamento com Berenice, Severino ainda tinha mais 23 (vinte e três) filhos, seus legítimos herdeiros.

Berenice e os herdeiros do Severino, após a sua morte, recorreram por meio de apelação ao segundo grau de jurisdição. Por maioria, o acórdão deu provimento à apelação para reformar a sentença e julgar os pedidos formulados por Lúcia como improcedentes.

Para o juízo, a relação entre Severino e Lúcia não visava a constituição de família, pelo que não restou configurado o preenchimento dos requisitos para a configuração da união estável. Esse entendimento foi adotado em razão de o *de cujus*, Severino, ter vários relacionamentos ao mesmo tempo em que se relacionava com Lúcia, sendo alguns deles duradouros.

A relação com Lúcia foi considerada, portanto, como relação de concubinato. Na ocasião, foi ponderado também que a existência de um filho em comum não é pressuposto para o reconhecimento de união estável.

Ante a grande divergência de entendimentos, Lúcia apresentou embargos infringentes. Em nova análise, o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso, também por maioria dos votos. Inúmeras questões fáticas importantes foram elencadas no voto vencedor.

A primeira grande questão fática destacada no acórdão, foi a de que as provas dos autos revelaram que o *de cujus* teve um relacionamento público, estável e duradouro com Lúcia e que estava separado de fato de Berenice.

Ao tempo do ajuizamento da ação declaratória de união estável, como mencionado, Severino ainda estava vivo e foi intimado para apresentação de contestação. Nesta, Severino não negou a união estável vivia com Lúcia. O filho menor foi também reconhecimento na peça.

Severino também reconheceu estar separado de fato de Berenice desde 27 de dezembro de 1980, há mais de vinte anos, ao tempo do processamento da ação. Ao que tudo indica, as provas dos autos comprovaram que Berenice também afirmou estar separada de fato, desde 27 de dezembro de 1980, vivendo, desde então, com Lúcia.

No acórdão que analisou os embargos foi, portanto, atestada a separação de fato entre Berenice e Severino desde 27 de dezembro de 1980.

Ante as provas dos autos, o juízo que analisou os embargos infringentes entendeu que a relação não era de concubinato impuro, pois o relacionamento mantido entre Severino e Lúcia, mantido desde a separação de fato com Berenice, mostrou-se ser de maneira pública, contínua e duradoura.

A segunda grande questão fática destacada, diz respeito ao fato de que, ao tempo do falecimento, Severino e Lúcia moravam na mesma residência. Esta, por sua vez, foi inclusive o local do falecimento do interessado.

Em terceiro lugar, foi comprovado na ação de origem que as despesas com funeral foram custeadas por Lúcia.

Outro ponto destacado na riquíssima decisão, foi o fato de que Severino e Lúcia, além de terem um filho em comum, também se habilitaram para o processo de adoção de duas crianças.

Na ocasião, foi reconhecido que Severino mantinha, ao tempo do relacionamento com Lúcia, outras relações conjugais simultâneas. No entanto, estas não foram utilizadas para desqualificar a relação de Severino e Lúcia.

Como mencionado, ao final, o recurso interposto por Lúcia foi provido.

Após a interposição de embargos de declaração, foi interposto recurso especial por Berenice e os filhos de Severino, visando desconstituir o acórdão que deu provimento à pretensão de Lúcia.

Abre-se um parêntesis para informar que uma quarta pessoa chamada Maria também ingressou com ação de reconhecimento de união estável em desfavor de Severino, para o mesmo período em que foi reconhecida para Lúcia. Por questões processuais, o processo não teve continuidade, mas Maria foi arrolada como assistente simples de Berenice.

O recurso foi, finalmente, distribuído ao Superior Tribunal de Justiça, o qual foi analisado, como já dito, pela Terceira Turma.

1.11.2 Razões do voto da Ministra Relatora

Berenice e os filhos de Severino, no recurso especial, alegaram que os inúmeros relacionamentos paralelos por ele mantidos na constância da relação com Lúcia, impediria o reconhecimento da união estável.

Nesse ponto, destacou a Ministra Relatora que seria fato incontroverso que Severino manteve, ao tempo de sua relação com Lúcia, inúmeros outros relacionamentos com diferentes mulheres.

Nos termos do art. 1.723 do Código Civil de 2002, assentou a Ministra Relatora que a convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, são os requisitos essenciais para a caracterização da união estável. Esses requisitos somam-se à exigência de ausência de impedimentos ao casamento elencados no art. 1.521 do Código Civil de 2002.

Com base nesses requisitos elencados no Código Civil, asseverou a Ministra Relatora que a lealdade não é um elemento necessário à caracterização da união estável, mas um valor jurídico:

> 16) Nesse contexto, verifica-se que a lealdade ao convivente não é um elemento necessário à caracterização da união estável, mas, ao revés, um valor jurídico tutelado pelo ordenamento que o erige ao *status* de dever que decorre da relação por eles entabulada, isto é, a ser observado após a sua caracterização.
> 17) Exatamente as mesmas feições são observadas no casamento que se consolida se ausentes quaisquer causas de invalidade. O casamento será inválido se contraído por infringência de impedimento (art. 1.548, II, do CC/2002) e os impedimentos são listados, em rol fechado, no art. 1.521 do CC/2002, que não contempla a fidelidade como condição, mas, sim, como valor jurídico tutelado pelo ordenamento alçado ao ponto de dever que decorre da relação por eles entabulada (art. 1.566 do CC/2002), a ser respeitado após a sua consolidação (BRASIL, 2022, p. 19-20).

A fidelidade dos conviventes, portanto, não seria, em sua opinião, uma condição *sine qua non* para a configuração do casamento ou da união estável. Ela seria, tão apenas, um dos deveres que se espera que o cônjuge e o companheiro adotem para a constituição de suas relações.

Para embasar essa ideia, a Ministra Relatora fundamentou o seu entendimento com base na doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, publicada no ano de 2019 na obra Novo Curso de Direito Civil, Volume 6. Nesta, assentou-se o entendimento de que, independentemente de dissolução da sociedade conjugal, a violação do dever de fidelidade poderá gerar consequências jurídicas, como a indenizatória.

Em relevante trecho do voto, a Ministra Relatora elencou a traição na esfera da liberdade de escolha dos conviventes, isto é, a infidelidade não geraria, necessariamente, a dissolução da relação de companheirismo ou conjugal. Cabe ao cônjuge ou ao companheiro avaliar se pretende continuar com a relação. Vejamos:

> 20) Se o descumprimento dos deveres de lealdade ou de fidelidade não necessariamente implicam em ruptura do vínculo conjugal ou convivencial, justamente porque está na esfera das partes deliberar sobre esse aspecto da relação, a *fortiori* somente se pode concluir que a pré-existência ou observância desses deveres também não é elemento essencial para a concretização do casamento ou da união estável (BRASIL, 2022, p. 20-21).

Em seu voto, a Ministra Relatora trouxe também o conceito de fidelidade e lealdade, que não se confundem entre si. A distinção foi feita novamente com embasamento na doutrina de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, presentes na obra Novo Curso de Direito Civil, Volume 6, de 2019, bem como com embasamento na doutrina da Rolf Madaleno, presente na obra Direito de Família, publicado no ano de 2018.

A partir dos conceitos abstratos de fidelidade e lealdade, em rara manifestação nesse sentido, a Ministra Relatora ponderou que a união estável entre Severino e Lúcia foi reconhecida pelo Tribunal *a quo*, órgão este soberano na análise dos fatos e das provas. A união estável foi reconhecida desde dezembro de 1980 até fevereiro de 2007. A Ministra Relatora inclusive reconheceu também que Berenice, em diversas oportunidades, afirmou que a relação entre Severino e Lúcia era também de união estável, no mencionado período.

Em que pese o entendimento de que a fidelidade não é um requisito para a configuração da união estável, foi colacionado no voto o Recurso Especial nº 1.157.273/RN, julgado em 2010, e o Recurso Especial nº 1.348.458/MG, julgado em 2014, os quais elencaram a fidelidade como um dever, necessário para a configuração da união estável.

No voto, a Ministra diferenciou os supracitados processos do caso em análise. Na relação envolvendo Severino, Berenice e Lúcia, teria ficado claro que Severino se separou de fato de Berenice em 1980 e, após a separação de fato, iniciou relacionamento com Lúcia, sendo este último, duradouro e estável. Não haveria que se falar, neste caso, em relação simultânea ou paralela.

Os relacionamentos mantidos por Severino com outras mulheres, na constância da união com Lúcia, foram considerados pelo Superior Tribunal de Justiça como relacionamentos eventuais, não estáveis e incapazes de desconfigurar a união estável da relação mantida com Lúcia, na medida em que a fidelidade não se constitui em um requisito para a configuração da união estável, mas em um valor jurídico.

A análise feita pela Ministra Relatora também recaiu sobre a segunda argumentação apresentada pelos requerentes no recurso especial: o impedimento ao reconhecimento da união estável entre Lúcia e Severino em virtude do seu matrimônio com Berenice.

Pois bem. As provas dos autos indicavam que o casamento entre Berenice e Severino só foi dissolvido com a morte do cônjuge. Ainda em vida, ele tentou dissolvê-lo com a propositura da ação judicial de divórcio, mas que não teve, antes de sua morte, resolução de mérito.

Em que pese a ausência de dissolução formal, foi ressaltado pela Ministra Relatora os efeitos promovidos pela separação de fato. Esta, por sua vez, colocaria fim aos deveres de coabitação e de fidelidade recíproca, bem como ao regime de bens. Neste ponto, a Ministra fundamentou sua construção teórica com fundamento no Recurso Especial nº 1.760.281/TO, julgado em 2022.

O Recurso Especial nº 1.760.281/TO analisou negativa de prestação jurisdicional nos autos de uma ação judicial de divórcio. No que toca ao tema da presente pesquisa, neste, foi fixado o entendimento de que deve ser aplicado o regulamento do art. 1.576 do Código Civil – o qual dispõe que a separação judicial põe fim aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens (BRASIL, 2002) – à separação de fato. Na mesma lógica, a separação de fato cessaria o regime de bens, o dever de fidelidade recíproca e o dever de coabitação. Assim sendo, os bens adquiridos na constância da separação de fato não são partilháveis, com a decretação do divórcio.

O acórdão traz em seu corpo, ainda, outras questões relacionadas ao regime de bens que não possuem total relação com o objeto desta pesquisa, razão pela qual, não serão aqui expostos.

Ademais, no presente recurso especial, os interessados sustentaram que não houve separação de fato entre Severino e Berenice, mas términos esporádicos e momentâneos, seguidos de reconciliações. A sustentação apresentada pela defesa foi confrontada pela Ministra com o posicionamento do juízo *a quo* sobre a questão, que, baseado em largo arcabouço probatório, concluiu que houve separação de fato entre os cônjuges desde dezembro de 1980.

Diante do arcabouço probatório robustamente formado nas instâncias inferiores, entendeu a Relatora estar demonstrada a separação de fato entre Severino e Berenice, sendo válida a união estável mantida entre o falecido e Lúcia, pelo que não haveria no que se falar em violação ao art. 1.521, inciso VI, ao art. 1.571 e art. 1.723, §1º, todos do Código Civil de 2002.

O parcial provimento concedido ao recurso interposto por Berenice incidiu, tão somente, para afastar a multa aplicada aos recorrentes por embargos de declaração protelatórios. Todo o restante, relacionado ao mérito da demanda, foi indeferido pela Corte Superior.

Como mencionado, o julgamento foi finalizado em 8 de novembro de 2022, momento em que os Ministros da Terceira Turma votaram, por unanimidade, em conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Ministra Relatora.

Berenice e os demais interessados, herdeiros de Severino, ainda apresentaram embargos de declaração, os quais foram rejeitados, por meio de acórdão prolatado em 14 de março de 2023.

1.12 Agravo Interno no Recurso Especial nº 2023908/MS – O caso de Dayana

O Agravo Interno no Recurso Especial nº 2023908/MS, foi distribuído para julgamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça sob a categoria de segredo de justiça, razão pela qual, novamente, os nomes das partes a serem a seguir elencados não são reais.

O recurso foi julgado em 29 de maio de 2023 pela Quarta Turma, momento em que os Ministros, por unanimidade, votaram por negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Relator.

1.12.1 Síntese fática do caso

Dayana teve um relacionamento com Mário por mais de 30 (trinta) anos no interior do Mato Grosso do Sul. A relação deles era pública, contínua e duradoura. Mário, por sua vez, era fazendeiro, criador de gado e viajava muito.

Além de manter o relacionamento com Dayana, Mário também se relacionava amorosamente com Lorena, com quem era casado. Mário nunca se separou de Lorena, mantendo os dois relacionamentos de maneira simultânea.

Em data não especificada, Mário faleceu, razão pela qual Dayana ingressou com uma ação declaratória de reconhecimento de união estável, visando reconhecer a sua relação para receber o que era seu de direito.

Em sede de primeiro grau, foi dado provimento à demanda.

Lorena recorreu ao segundo grau de jurisdição por meio de apelação, momento em que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul confirmou a sentença e reconheceu a união estável entre Dayana e o falecido. Restou claro, para este juízo, que a relação era pública, contínua e duradoura, com o *animus* de constituição de família. Nessa instância, restou também demonstrada a boa-fé de Dayana, que não tinha o conhecimento de que Mário era casado com outra pessoa.

Na ocasião, foi considerada a tese consolidada no sentido de que não se pode reconhecer duas relações afetivas simultâneas, quando não há separação de fato. O caso, para o Tribunal de origem era, na verdade, peculiar, pois a união estável com Dayana durou aproximadamente

30 (trinta) anos. O fato de o *de cujus* ser fazendeiro e viajar muito, não chamou qualquer atenção de Dayana quanto a possibilidade de estar incorrendo em concubinato, razão pela qual restaria caracterizada a sua boa-fé.

Inconformada, Lorena interpôs recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, sob a alegação de que o art. 1.521, inciso VI, art. 1.723, §1º, art. 1.726 e art. 1.727, do Código Civil de 2002, foram violados. O acordão recorrido teria equiparado o concubinato, vivido entre o *de cujus* e Dayana, com união estável, divergindo, ainda, do entendimento da Corte Superior.

Lorena também alegou que não houve entre ela e o *de cujus* separação de fato, sendo que o Tribunal de origem reconheceu a união estável no período em que o falecido estava casado e não separado de fato com ela.

Nos pedidos, Lorena requereu que o acórdão recorrido fosse reformado para se afastar o reconhecimento da união estável na relação ocorrida entre Dayana e Mário.

O recurso, como já mencionado, foi distribuído para o Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que foi analisado, de maneira monocrática, pelo Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira, em 01 de fevereiro de 2023.

Na ocasião, entendeu o Ministro que o acórdão recorrido, que reconheceu a união estável de maneira concomitante a um casamento, estaria em desacordo com a jurisprudência da Corte. Esta, por sua vez, estaria consolidada no sentido de que não é possível equiparar a união estável relação de concubinato, caso não esteja comprovada a separação de fato ou judicial do indivíduo casado.

Para embasar essa fundamentação, foi utilizado como fundamento o Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 748.452/SC, julgada em fevereiro de 2016. Esta, por sua vez, será analisada de maneira pormenorizada no próximo tópico.

O Ministro Relator também utilizou como fundamento jurisprudencial o Tema nº 526, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do qual sedimentou-se o entendimento de que é incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários à pessoa que manteve, durante longo período, relacionamento com outra casada, na medida em que o concubinato não se equipara à união estável ou ao casamento, para fins de proteção estatal. Além do Tema nº 526, o Ministro também elencou como fundamento no Agravo Interno no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo nº 1.424.071/RO, o qual já foi anteriormente analisado nesta pesquisa.

Nesse mesmo sentido, o Ministro ainda colacionou o Recurso Especial nº 1.096.539/RS, julgado em março de 2012, já analisado de maneira incidental neste estudo, bem como o Agravo

Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.087.080/TO, julgado em outubro de 2022, também já exposto nesta pesquisa.

Considerando existir entendimento dominante sobre a temática, entendeu o Ministro Relator que se aplicaria ao caso a Súmula nº 569 do Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, foi dado provimento ao recurso interposto por Lorena.

Inconformada com a mudança de entendimento lançada pelo Superior Tribunal de Justiça, Dayana ingressou com o Agravo Interno no Recurso Especial, o qual foi analisado, como já adiantado, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

1.12.2 Razões do voto do Ministro Relator

Antes de analisar qualquer argumento apresentado pela defesa de Dayana, o Ministro Relator já mencionou que a insurgência não mereceria ser acolhida, isso porque a parte não apresentou nenhum argumento capaz de afastar os temos da decisão agravada, razão pela qual foi mantida nos seus próprios termos.

A tese anteriormente apresentada, foi ratificada na análise do agravo interno. Neste, o Ministro ponderou novamente que a jurisprudência da Corte segue no sentido de ser possível o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial do convivente casado. Com base no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.832.859/GO, já analisado nesta pesquisa, foi ponderado existir distinção entre união estável e concubinato.

Para o Ministro, a separação de fato, no caso em concreto, não estava provada, razão pela qual seria correta a aplicação da Súmula nº 568 do Superior Tribunal de Justiça. O Tema nº 526 do Supremo Tribunal Federal, bem como o Agravo Interno no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo nº 1.424.071/RO, também analisado neste estudo, foram novamente citados.

A utilização da Súmula nº 7 do Superior Tribunal foi novamente utilizada como um impeditivo para se rever a conclusão do acordão impugnado, no sentido de aferir eventual comprovação de separação de fato, com fundamento no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 748.452/SC (será analisado a seguir), e no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.087.080/TO (já analisado): “Ademais, para rever a conclusão do acórdão impugnado, no sentido de aferir eventual comprovação da separação de fato, seria imprescindível a incursão no campo fático-probatório, providência vedada na via especial, conforme a Súmula n. 7 do STJ” (BRASIL, 2022, p. 7).

Com base no entendimento jurisprudencial colacionado, o Ministro negou provimento ao agravo interno, o que foi acompanhado, por unanimidade, pelos Ministros da Quarta Turma.

1.12.3 Análise da jurisprudência citada: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 748.452/SC

A ação, em sua origem, envolveu o reconhecimento de uma união estável.

O agravo interno foi interposto por Lea Regina de Souza contra decisão monocrática prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao agravo em recurso especial, por entender que a pretensão de reconhecimento de união estável demandaria a análise das provas e dos fatos, o que encontra óbice na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. O reconhecimento da união estável envolveu pessoa casada e terceiro.

Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça voltou a impor o entendimento de que apenas é possível reconhecer união estável de pessoa casada, caso a separação de fato ou judicial esteja comprovada.

No caso em concreto, não teria ficado demonstrada a separação de fato entre o *de cujus* e sua esposa, apta a desencadear o reconhecimento da união estável ente ele e Lea Regina.

A pretensão da requerente, para se alterar a premissa fática de que não existiu separação de fato, demandaria, na opinião do Superior Tribuna de Justiça, o reexame das provas, o que é, como já se sabe, vedado pela Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Lea regina não teve, então, a sua união estável reconhecida.

A Quarta Turma analisou o agravo interposto em 23 de fevereiro de 2016, ocasião em que, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro Relator – aqui exposto -, decidiu por não dar provimento ao apelo.

1.13 Questões metodológicas finais

Como mencionado no início deste capítulo, a pesquisa de jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a partir da inserção das palavras-chaves já expostas, localizou 13 (treze) acórdãos prolatados no âmbito do Tribunal. Todos eles foram analisados, com a exceção de um, o acórdão prolatado no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 148651, que, apesar de constar no resultado de pesquisa de jurisprudência, não analisou o tema estudado nesta tese.

Vejamos a lista de julgados localizados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com as palavras-chave “monogamia”, “concubinato”, “concubina”, “concubino” e “bigamia”, com o filtro temporal a contar de 21 de dezembro de 2020:

Tabela 2 – Lista de precedentes localizados

ACÓRDÃOS	DATA DE JULGAMENTO	STATUS DA ANÁLISE
AgInt no REsp 1629281	12/04/2021	Realizada
REsp 1894963	27/04/2021	Realizada
AgInt no AREsp 1644886	26/04/2021	Realizada
AgRg no RHC 148651	17/08/2021	Não realizada
AgInt no AREsp 183259	22/02/2022	Realizada
AgInt no REsp 1811822	14/03/2022	Realizada
REsp 1391954	22/03/2022	Realizada
REsp 1916031	03/05/2022	Realizada
AgInt no RE nos EDcl no AgRg no Ag 1424071	07/06/2022	Realizada
AgInt no AREsp 1956138	05/04/2022	Realizada
AgInt no AREsp 2087080	10/10/2022	Realizada
REsp 1974218	08/11/2022	Realizada
AgInt no REsp 2023908	29/05/2023	Realizada
TOTAL DE ACÓRDÃOS		**13**

Fonte: Brasil, 2023.

Esse é, portanto, o arcabouço jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça envolvendo a produção e a reprodução jurídica do instituto da monogamia no Brasil, a partir de dezembro de 2020.

1.14 Percepções preliminares

A inferiorização e o controle de mulheres não fica apenas sob o encargo da doutrina, da legislação e do Supremo Tribunal Federal. Por ser hierarquicamente inferior à Suprema Corte,

o Superior Tribunal de Justiça também incorporou a monogamia como um princípio do direito e aplicou-a às relações sociais. Assim como no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça as mulheres também são as maiores vítimas da incorporação, reprodução e imposição desse poder. A partir deste anexo, infere-se, preliminarmente, que o controle e a inferiorização de mulheres reverberam também no âmbito de atuação do Superior Tribunal de Justiça.

Com base na exposição dos entendimentos acerca da monogamia dos dois tribunais superiores, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, infere-se que os tribunais de justiça dos Estados tendem a ter um posicionamento mais flexível e garantidor quando o assunto envolve reconhecimento de união estável e concubinato. Este capítulo, especialmente, nos revelou que mulheres – consideradas concubinas pelo Superior Tribunal de Justiça – ganham na instância inferior, sendo-lhes reconhecidos direitos e união estável, mesmo diante da vigência de um casamento. Esses tribunais tendem a ter uma postura menos discriminatória e mais inclusiva nos moldes do que preceitua a Constituição.

Ocorre que, quando as esposas ou os homens questionam esses julgados por meio de um recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça reanalisa as provas, mesmo que lhe sendo vedado, e muda a situação jurídica anteriormente concedida à mulher concubina pleiteante. Casos como o de Edja Santos de Barros e Ana Maria Coutinho de Almeida, dentre outros, nos confirmam esse entendimento. São processos em que as mulheres foram consideradas legítimas companheiras, ante ao extenso lapso e estabilidade da relação, pelos tribunais de justiça de origem, mas consideradas e rebaixadas ao patamar de concubinas pelo Superior Tribunal de Justiça. Observa-se que há uma tendência dos tribunais de justiça em garantir direitos para essas mulheres muito mais inclusiva e garantista do que a própria atuação do Superior Tribunal de Justiça. Mesmo diante de clara e comprovada dependência econômica e vulnerabilidade dessas mulheres, o Superior Tribunal de Justiça, na linha do que faz também o Supremo Tribunal Federal, fecha as portas da justiça e prioriza a moralidade monogâmica da sociedade.

Assim como no Supremo Tribunal Federal vigora a Súmula nº 279, no Superior Tribunal de Justiça vigora o Súmula nº 7, a qual regulamenta que *a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.* Ainda que em grau menor que o Supremo, o Superior Tribunal de Justiça também se utiliza dessa súmula para inviabilizar o acesso de concubinas ao tribunal. O caso de Jaqueline Modesto comprova essa situação. Em contraposição, e, na linha do que faz a Corte Suprema, o Superior Tribunal analisa e muitas vezes julga procedente instrumentos recursais apresentados por homens e esposas questionando provas do processo.

Em verdade, o reconhecimento da união estável paralela ao casamento é raro no âmbito das duas cortes superiores. Frente a um casamento válido e vigente, a tendência é sempre protegê-lo, a despeito da configuração da união estável. A exigência de separação de fato para a configuração jurídica dessas uniões representa um verdadeiro obstáculo imposto pelo Direito ao reconhecimento, eis que, na grande maioria das vezes, depende de um juízo muito subjetivo do julgador. Em alguns casos que foram aqui apresentados, cada instância decisória julgou de um modo diferente. O reconhecimento da união estável paralela ao casamento fica, em verdade, dependente do bom senso do julgador. Quando existem provas mínimas de que o casamento está vigente, é, essencialmente, a relação matrimonial que o Superior Tribunal busca proteger.

A histórica incorporação, reprodução e aplicação da monogamia se faz presente também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A despeito da igualdade de direitos assegurada na Constituição Federal de 1988, a monogamia é formada por bases estruturantes claramente misóginas e a sua aplicação pelos tribunais superiores, inevitavelmente, vai estar acompanhada da inferiorização de mulheres. São marcas da história que ainda se fazem presentes também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

As históricas finalidades da monogamia, implementadas pela Igreja, incorporadas no Brasil por meio de suas legislações, também se fazem presentes no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça mostraram-se como grandes aliados no combate ao concubinato e na implementação e disseminação dos preceitos monogâmicos. A Corte Superior, ao também incorporar a monogamia como um princípio do direito, legitima o adultério masculino e reproduz também o contrato sexual (PATEMAN, 1993).