

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO



BACHARELADO EM DIREITO

ELIZETE DE ARAUJO PINHEIRO

**A UNIÃO ESTÁVEL NA
TRAJETÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO**

Juiz de Fora

2008

DI 015
21.0.003.05

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ELIZETE DE ARAUJO PINHEIRO

**A UNIÃO ESTÁVEL NA
TRAJETÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso apresentada
ao curso de Direito da Universidade Presidente
Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Ms. Fábio O. Vargas

Juiz de Fora

2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

ELIZETE DE ARAÚJO PINHEIRO

Aluno

A UNIÃO ESTÁVEL NA TRAJETÓRIA DO DIREITO
BRASILEIRO

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Fábio de Oliveira Vargas

Prof. Duménil Queiroz Machado

Prof.ª Anaura Amélia da Costa

Aprovada em 10 / 07 / 2008.

RESUMO

A Constituição de 1988 criou um neologismo jurídico, instituindo a união estável como entidade familiar, constituída por um homem e uma mulher. Não obstante, antes da Constituição de 1988, já existiam as palavras união e estável, cada qual com seu significado. O que houve foi apenas a reunião, a substantivação composta, para definir a condição jurídica dos companheiros em situação peculiar, em comando normativo. Flúidos seis anos da promulgação da Magna Carta Brasileira, em 29 de dezembro de 1994, foi sancionada a Lei nº 8.971. Era o intitulado Estatuto dos Concubinos e disse a que veio: regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Tratou, portanto restritamente, apenas dos alimentos e da sucessão entre eles. Como não poderia deixar de ser, se ergueram vozes contra a limitação do legislador, clamando pela necessidade de ser editada outra lei. Surgiu então a Lei da União Estável (Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996), para regulamentar o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, não menos incompleta que a primeira. Quando ambas as leis não alcançaram sequer a adolescência surgiu o novo Código Civil, que vigorou a partir de 11 de janeiro de 2003. O texto constitucional de 1988 estabeleceu, em seu art. 226, expressamente, ser a união estável entre homem e mulher formação de núcleo familiar, alterando o sistema do Direito brasileiro no tocante à composição da família, anteriormente distinta entre legítima e ilegítima, e regida pela norma restrita do casamento, inclusive no que se refere à filiação. A presente monografia tem por objetivo mostrar, sem pretender, porém, esgotar, o instituto da União Estável.

Palavras-chave: União estável. Concubinos. Composição da família. Entidade familiar.

ABSTRACT

The 1988 constitution created a new logic in law, introducing the stable union as a family entity constituted by a man and a woman. However, before 1988 the denominations "union" and "stable" already existed, each with its own meaning. What changed was a re-union, a composed substantive to better define the legal condition of partners in similar situation. Six years after the promulgation of the "Carta Magna Brasileira", in December, 29th, 1994, the law number 8.971 was created. It was the "Estatuto dos Concubinos", which says: regularize the right a partner has to feed and succession. It involved, restrictedly, only food and succession among them. As it was expected, the people raised their voice against the restrictions, claiming the necessity of a new law. It was then created the "Lei da Uniao Estavel" (law number 9.278, May, 10th, 1996), which regularized the paragraph 3rd, article 226 of the Federal Constitution-not less incomplete than the first one. When both laws didn't reach even the adolescence, the new Civil Code was created, effective January, 11th, 2003. The 1998 Constitution established in the article 226 that the stable union between a man and a woman is the creation of a family nucleus, altering the Brazilian law system concerning the family composition, which was prior separated between legitimate and non-legitimate, and ruled by the marriage law strictly, even involving the couples' children. This monograph intends to show the institution of the Civil Union.

Key words: stable union, concubines, family composition, family entity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1. A TERMINOLOGIA EMPREGADA	08
2. HISTÓRICO	10
3. CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA	13
4. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA UNIÃO ESTÁVEL	15
5. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	18
5.1 O Direito de Família no Código Civil Brasileiro de 1916	18
5.2 Tutela Constitucional	19
5.3 Lei 8.971, de 29.12.1994	20
5.4 Lei 9.278, de 10.05.1996	22
5.5 O Código Civil de 2002	22
6. OS EFEITOS PATRIMONIAIS GERADOS PELA UNIÃO ESTÁVEL	26
6.1 Formação do Patrimônio Comum dos Companheiros	26
6.2 Dissolução Patrimonial da Sociedade Gerada pela União Estável	26
6.3 Outorga Uxória	27
6.4 O Sistema Sucessório Pertinente à União Estável	28
7. ALIMENTOS E UNIÃO ESTÁVEL	30
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

O direito de não casar abre o debate sobre a presença ou ausência de regulamentação estatal das relações não matrimonializadas. A atual opção do legislador é intervencionista, justificada, em parte, pela desigualdade de seus integrantes.

Para aqueles que escolhem não casar, uma camada social bem definida, pode-se sustentar esse espaço de auto-regulamento de interesses privados. Para aqueles que se moldam a uma situação, principalmente pelo fator econômico e por ser culturalmente aceita, uma intervenção estatal extremamente rígida é repelida, mas não querem o Estado completamente omissivo. Quando muito, intervir nas relações patrimoniais, isto é, definir regras sobre partilha do patrimônio, sem se intrometer na esfera de intimidade das relações.

Foi por intermédio da Constituição de 1988 que o Estado assumiu essa dimensão protetora, não mais deixando ao sabor das circunstâncias a regulação dessas relações. O Estado tutela essas relações no sentido em que as reconhece, e delas resultam efeitos jurídicos.

As denominadas “uniões livres” entre homem e mulher sempre existiram e a união estável é fonte de relações de família, o que vem a derrubar a tese de que a única fonte de família é o matrimônio.

No Brasil, o Código Civil de 1916 fez raríssimas referências ao concubinato, disposições que, em sua maioria, estigmatizavam as uniões livres, tendo por escopo a proteção da “família legítima”.

Frente à omissão do legislador em regular a matéria, os juízes viram-se forçados a aplicar a analogia e a equidade diante dos casos concretos. Dessa feita, tem-se que a regulamentação das uniões livres deu-se com os juízes à frente dos legisladores.

A jurisprudência, pois, foi sendo construída no sentido de admitir-se a existência de uma sociedade de fato entre os concubinos, desde que provado o esforço comum destes na aquisição do patrimônio (Súmula 380 – STF). O instituto era, portanto, tratado pelo Direito das Obrigações, visando a coibição do enriquecimento ilícito.

A legislação passou recentemente a ocupar-se do tema. E é no plano legislativo que as Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 vieram a preencher um papel que cumpre examinar.

Ambas, com seus defeitos e virtudes, podem ser instrumentos situados no transcurso de uma mudança de padrões dentro e fora da família.

Hoje a União Estável é merecedora de título em separado em nosso documento jurídico, sendo tratada como algo dissociado do casamento, mas com o mesmo valor da constituição de família, o que já é merecedor de aplausos. Entretanto, apesar de considerarmos um marco de extremo valor, não podemos deixar de ressaltar os desacertos cometidos pelo legislador, que poderia ter se utilizado desse espaço para mitigar as dúvidas suscitadas cotidianamente em nossos Tribunais sobre os efeitos da União Estável, mas esta talvez tenha sido a idéia do legislador, deixar para a doutrina e jurisprudência o encargo de determinar quais seriam ou não os seus efeitos.

1. A TERMINOLOGIA EMPREGADA

A princípio a terminologia empregada era concubinato que poderia ser qualificado como puro, no caso das uniões estáveis, ou impuro, no caso das uniões livres.

A união estável era a situação em que se encontram as pessoas que não desejavam casar-se, que tinham uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher, livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, viviam em concubinato puro: solteiros, viúvos, separados judicialmente e divorciados.

A união livre era a situação daqueles que, mesmo desejando casar-se, não podiam fazê-lo por estar um dos amantes ou ambos comprometidos ou impedidos legalmente de casar. Apresentava-se como: a) adúltero, o que se fundasse no estado de cônjuge de um ou ambos os concubinos, e b) incestuoso, se houvesse parentesco próximo entre os amantes.

O legislador, tentando eliminar a conotação pejorativa que se dá à palavra concubina, substituiu-a na Constituição de 1988 pela expressão união estável, quando em seu artigo 226. § 3º, vem reconhecer, para efeito de proteção do Estado, essa forma de constituir família. Como se vê, a expressão união livre não pode ser utilizada como sinônima de concubinato por exprimir uma situação contrária à lei, mas a expressão união estável, embora seja apenas uma das espécies concubinárias, foi a utilizada pelo legislador como sinônima.

Por outro lado, o texto do art. 1º da Lei nº 8.971/94, da forma como está dito, vem estreitar o conceito de companheiros (solteiros, divorciados ou viúvos), mas que no plano do estado civil, não há de ser taxativa, em especial levando-se em conta certas situações de separação de fato provada e prolongada, nas quais as pessoas tenham estabelecido uma verdadeira *affectio societatis*, permitindo-se que sejam consideradas companheiras e sejam enquadradas nessa Lei.

Resumindo, no direito brasileiro, os termos que foram sendo sucessivamente utilizados para as situações que envolvam uniões de fato são: *concubinato* - união não legalizada de caráter contínuo, duradouro; *concubinagem* - ligações livres de cunho eventual e transitório; *união estável* - a CF/88 adotou essa expressão; *concubinos* - eram os integrantes do concubinato; *concubina e companheira* - a jurisprudência distinguia os termos no terreno da capacidade passiva para o testamento; no campo previdenciário *companheira* mereceu acolhida; a lei 8.974/94 - optou pelos vocábulos *companheiro e companheira*; a lei 9.278/96 usa o termo *conviventes*.

Em suma, o legislador pátrio substituiu o vocábulo *concubinato* por *união estável* e *concubina/concubina* por *conviventes*. Continua, entretanto, a existir o concubinato significando relação furtiva, passageira, não duradoura.

Hoje, o termo *concubinato* refere-se a uniões não estáveis, livres, furtivas (mancebia), tais como o *concubinato adúlterino* ou *impuro* (casamento concomitante ao concubinato), o *concubinato múltiplo* e a *união estável putativa*, que só geram a proteção legal para o(a) concubino(a) de boa fé. No resto, não recebe a tutela da legislação especial.

2. HISTÓRICO

Não obstante ser o casamento o modelo social adotado pela sociedade contemporânea, há que se notar, no entanto, a rápida propagação da união livre como forma alternativa de convivência entre os casais. Tal opção é frequentemente notada em relação às segundas núpcias que, por vezes, vêm precedidas de coabitação.

Outra situação caracterizadora da união de fato, bastante comum, é a presença de um casamento anterior por parte de, pelo menos, um dos parceiros impedindo o casamento civil.

Sendo o casamento civil impossível, os casais não casados, através da comunhão de mesa, leito e habitação estabelecem um casamento informal e se consideram efetivamente cônjuges.

Outra razão a determinar a difusão da união livre decorre de fatores sócio-econômicos, sendo comum este tipo de união por razões de extrema pobreza.

Neste contexto há que se observar, ainda, a inserção no caso, dos casais que, por ignorar o casamento civil obrigatório ou por não ter acesso a ele, só se casam no religioso. A opinião pública considera esses concubinos, do ponto de vista legal, verdadeiros cônjuges, equiparando o casamento religioso ao matrimônio civil.

Há que se falar, ainda, na escolha deliberada da união livre a fim de evitar os vínculos jurídicos do casamento e a liberdade da ruptura da união, sem necessidade da interveniência judicial.

Este tipo de relacionamento revela-se por assumir o modelo de vida em comum tendo por fundamento a igualdade do homem e da mulher, assim como a satisfação de suas necessidades sentimentais e sexuais.

Outra razão, de ordem prática e econômica, a influir na escolha do modelo de união livre prende-se a fatos como o de perda do benefício de pensão da previdência social ou alimentar do primeiro marido ou de vantagens fiscais.

Pode-se perceber que vários são os fatores sociológicos a incidirem como causas supostas do aumento das formas de vida em comum sem casamento.

Há algum tempo a união estável, fosse ela pura ou impura, era vista como algo à margem da lei, quando não contra a lei, sendo rotulada de espúria e pecaminosa. Todavia, como não raro ela deixava bens, filhos e terminava em briga, começou a ser trazida à Justiça não para ser penalizada, mas para se definir como ficavam os bens e os filhos diante da ruptura.

Convocada a se pronunciar, a Justiça não reconhecia nenhum direito aos concubinos no caso de união entre pessoas com impedimento para se casarem, mas, quando, no entanto, não se apresentavam impedimentos matrimoniais, até que eram reconhecidos direitos à companheira, desde que ficasse provado que a mulher contribuía financeiramente para a aquisição dos bens. Sem a prova do trabalho fora do lar, do ganho de dinheiro, do investimento deste com o parceiro também nenhum direito era reconhecido às companheiras. Provado o trabalho e a reversão do seu produto para o aumento patrimonial, dava-se-lhe alguma coisa, quase nunca a metade, mas algo proporcional aos seus ganhos comparativamente aos do homem. A questão era, pois, resolvida à luz das coordenadas postas para as sociedades mercantis.

A injustiça que se fazia às mulheres era odiosa, entretanto, de quando em vez, era desfeita com alguma surpreendente decisão, mas que, se fossem esgrimados com correção todos os recursos, acabava sendo restaurada a injustiça e assim mantido o *status quo*. Estas decisões isoladas não deixavam de representar uma evolução até porque, além de abordarem o tema patrimonial, já reconheciam à sociedade de fato alguns direitos e regulamentos que haviam sido ditados para normatizar o casamento.

Com o advento da Constituição de 1988, um preceito veio dar novas luzes à união fora do casamento e a partir daí, em que pese alguns continuassem a entender reacionariamente o preceito, as companheiras começaram a ter assegurados direitos de várias ordens, inclusive e, principalmente, os patrimoniais.

Gradativamente foram sendo inseridas normas modificativas de proteção aos componentes das entidades familiares até se chegar ao reconhecimento da união estável entre o homem e mulher.

Protege-se primeiro, os filhos havidos da relação do casamento, e após aos filhos havidos fora desta relação, concedendo-lhes direitos e qualificações iguais aos filhos legítimos, bem como proibindo designações discriminatórias, sendo banidos dos registros oficiais expressões "legítimos" "ilegítimos".

Para se estudar satisfatoriamente a união estável e outras formas de conjugação entre homem e mulher, necessário se faz fixar alguns aspectos do casamento. Para **Monteiro** (2002, p.9) 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".

A Igreja sempre exerceu grande influência sobre o assunto casamento, elevando-o à condição de sacramento, com rigorosa exigência de comportamento e de fidelidade entre os cônjuges. Hoje, decadente essa ingerência do clero na formação da consciência social e

devido às mudanças havidas nas relações humanas, o matrimônio cedeu lugar às chamadas uniões livres e, em razão de consideráveis incidências de casos, cada vez mais recebem proteção do Estado.

O casamento é uma oficialização da família, produzindo para os cônjuges direitos e deveres como: fidelidade, coabitação, assistência mútua. E, ademais, uma sociedade de cunho patrimonial.

É uma instituição, que não tendo natureza contratual pura, define um estado ao qual se submetem as partes. Está sujeito à observância de formalidades, como o consentimento mútuo e, ainda que sujeito a princípios de ordem pública, é um instituto de direito privado.

Com o crescimento do número de ligações extra-matrimoniais, o Estado criou direitos para essas ligações, que antes eram exclusivas do casamento, porém sem maiores incentivos que possam levar a constituição de famílias à margem da união matrimonial.

Os resultados civis do matrimônio são desfeitos através da separação judicial ou divórcio. A separação dissolve os efeitos patrimoniais e o divórcio dissolve o vínculo matrimonial, autorizando a convalidação de novas núpcias. Entretanto, não se pode deixar de citar que há vínculos que não são totalmente rompidos visto a continuidade, em muitos casos, da obrigação de alimentar, que pode perdurar por longo tempo.

Das muitas peculiaridades do casamento em relação à união estável, naquele os nubentes estão cientes de seus direitos e deveres, das conseqüências do desfazimento do vínculo, o que dá certa segurança. O mesmo não pode se dizer da união estável onde as partes não sabem quais os direitos que terão em caso de dissolução da sociedade, a legislação ainda dá os primeiros passos, muito havendo a ser aperfeiçoado.

A união das pessoas, baseadas na afeição, longe das regras que cercam o compromisso legalizado, pode gerar, também, famílias de elevado valor. Não é a oficialização do consórcio que constrói felicidade e estabilidade, mas o respeito mútuo e a comunhão de vidas.

O legislador protegendo bem mais a união oficializada leva oportunidade a todos. O princípio fundamental de nosso direito é a liberdade.

3. CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA

A família é considerada pelos juristas como a pedra angular, a base sobre a qual se assenta a sociedade. Até pouco tempo sua definição era havida por imutável. Gradativamente, com a evolução dos tempos, mudança dos costumes, sua estrutura não resistiu intacta ao desgaste das novas exigências da sociedade contemporânea. Embora muitos entendam que houve um desmantelamento na estrutura familiar, outros entendem que a modificação seja etapa da evolução da humanidade.

A notícia de agrupamentos humanos remonta de antigas eras. Segundo o Direito Romano, as pessoas vinculadas por atributos de descendência submetiam-se a rigoroso regime patriarcal. O poder concentrava-se no ascendente masculino, com autoridade sobre grupo familiar.

Basicamente a família romana constituía-se segundo os critérios de consangüinidade e autoridade, observando-se o indivíduo no tronco ancestral comum, havendo dependência econômica, social e até espiritual entre os membros, como também aos que se agregavam à família.

Nossa legislação incorporou muitos ditames do Direito Romano, com as adaptações devidas à realidade social da nação, como, por exemplo, o instituto do pátrio poder, bem como outros princípios básicos do matrimônio e da sociedade conjugal. O casamento tinha a conotação de um consentimento que podia ser desfeito a qualquer tempo, especialmente por iniciativa do marido, sendo essa posição modificada pelo Direito Canônico, através do qual a idéia de indissolubilidade do vínculo matrimonial foi cristalizada, posição que hoje já se encontra bem desgastada.

Se a família romana tinha origem na união entre homem, mulher e filhos e na submissão do grupo ao que era investido do poder supremo, para o Direito Canônico essa união iniciava-se no sacramento do matrimônio, união aprovada por Deus, com a característica de indissolubilidade.

Atualmente o patriarcado não mais ocupa posição com tanto destaque na sociedade brasileira, embora a tradição estabeleça a supremacia da autoridade paterna, como se pode notar no direito pátrio, que estipulou o marido como chefe da sociedade conjugal. Princípio esse já modificado pela Constituição de 1988, que firmou a igualdade, nos direitos e obrigações, entre homens e mulheres.

O conceito de família, atualmente, está atrelado à sua origem, devido às nuances flutuantes, conforme o momento social.

No aspecto jurídico, se inicialmente, família era tão somente ascendentes, descendentes, cônjuges e parentes próximos para fins de transferência patrimonial sucessória, noutras concepções poderão vir a ser considerados como componentes da família os enteados, os afins, os companheiros, os concubinos em geral.

Antigamente a família era constituída exclusivamente através do casamento, hoje, a idéia é completamente diferente. Não pode o legislador fugir à realidade de que as relações entre homem e mulher, não legalizada pelo casamento, está cada vez mais fazendo parte da vida cotidiana. O direito não se fez ausente no reconhecimento dessa realidade, adotando os critérios adaptados às mudanças.

Críticas foram feitas, entretanto, à preservação dos direitos das pessoas que dessa maneira decidiu vincular-se, aliado à necessidade de resguardo aos direitos da prole, exigia providências concretas do legislador.

4. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição Federal, no artigo 226, § 3º, preceitua: "para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Então, para caracterizar o concubinato a união tem de ser "estável", não bastando a convivência ou envolvimento.

União estável não é sinônimo de concubinato, mas este, dado as circunstâncias do caso, poderá traduzir-se em união estável.

Em seu sentido amplo a união estável é a forma de vinculação entre o homem e a mulher traduzindo um acordo de vontades, no sentido da comunhão de vidas, não obstante surgindo resultados que interessam ao campo jurídico.

A vontade das partes é contínua com intenção de persistir naquela ligação, ao contrário do casamento, que basta ser oficializado para que o ato se torne perfeito e acabado, ainda que possa ser desfeito pela separação ou divórcio, ficará sempre uma conseqüência, ainda que seja no estado civil.

A simples ocorrência de relacionamento sexual prolongado não produz os efeitos jurídicos de união estável, traduzindo-se em acontecimento o mundo dos fatos, sem repercussões de caráter patrimonial, exceto quando gera prole.

A união estável, anteriormente denominada concubinato puro, em sentido estrito, é a que recebe o amparo legal, mais concentrado na Lei nº 8.971/94, caracterizada pelo prolongamento da relação heterossexual, no tempo previsto em lei, com aparência de casamento e possibilidade jurídica de que efetivamente venha a se converter naquele.

Quanto ao aspecto temporal, por força do conteúdo da Lei nº 8.971/94, o período mínimo de duração da convivência para caracterizar união estável era de cinco anos, embora hoje não haja, na verdade, prazo pré-estabelecido para a configuração do companheirismo, bastando que se prove a estabilidade da relação.

A prova testemunhal é a que se coaduna melhor com o instituto da união estável, haja vista a dificuldade de comprovação do efetivo relacionamento através de outros meios. Não havendo filhos, sendo escassa a documentação, ou mesmo havendo outros elementos probantes, a oitiva de testemunhas, via de regra, esclarece ao julgador pontos que de modo diverso permaneceriam obscuros.

Diante dessa realidade, encontros eventuais e furtivos, embora prolongados no tempo, não constituem união estável.

Especificamente para aplicação das Leis 8.971/94 e 9.278/96, o relacionamento de homem e mulher deveria ser marcado pela lealdade e fidelidade, sendo indiscutível a importância da coabitação como indicativo da existência de união estável.

Para resumir, citamos Viana que diz que a união estável "é a convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando a constituição de família" (VIANA, 1999, p. 29).

O legislador abandonou a idéia objetiva de ligação por cinco anos, para usar os termos duradouro e contínuo. A formação da união estável não decorre, pois, do alinhamento de vontades como no casamento, mas decorre dos fatos, de sua contínua e ininterrupta sucessão, enfim, da vida *more uxório*.

O art. 2º da Lei nº 9.278/96 estabeleceu um complexo de direitos e deveres entre os conviventes, calcado no art. 231 do CC/1916, agindo no propósito de equiparar união estável e casamento.

São eles: respeito e consideração mútuos (aqui inserida a fidelidade recíproca, sem previsão legal de sanção em caso de transgressão); assistência moral e material recíproca (cuidados pessoais, socorro, apoio e auxílio - de onde surge o direito a alimentos) e dever de guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Devemos esclarecer que, no âmbito da união estável, a infração de qualquer um desses direitos ou deveres não a atinge diretamente, configurando uma situação ímpar, uma espécie de semi-juridicidade.

União Estável, então, é o convívio duradouro de duas pessoas de sexos diferentes, como se fossem casadas e, segundo a maioria dos autores versados no assunto, designa a situação de vida em comum dos casais não casados, que apresenta, no entanto, a aparência de casamento.

Na União Estável dominam relações que traduzem um estreito vínculo íntimo entre os conviventes, relações estas de sentimentos e interesses que se estendem, inclusive, ao campo econômico, sendo comum o sustento material recíproco.

Tem-se como característica básica da União Estável a presença de certa estabilidade e duração, excluindo-se, do conceito jurídico as relações ocasionais e efêmeras. Faz-se mister, ainda, que a relação entre homem e mulher não esteja fundada no casamento.

Os aspectos principais da união estável alicerçam-se, então, em relações estáveis, entre um homem e uma mulher e, na ausência de casamento. A estabilidade, característica primeira a definir a união estável, pode se revelar pela duração da vida em comum, a presença

de filhos no lar e o uso pela convivente do nome do companheiro. Estes indícios são suficientes para corroborar a intenção do casal, de viver como se casados fossem.

A estabilidade é determinação da disciplina normativa da união estável. A união estável é relação de fato, define-se pela própria existência. Os companheiros, diferentemente da comunhão conjugal, não se obrigam a ter uma vida em comum, pois esta convivência se assenta simplesmente na vontade. Outro elemento, que na opinião de alguns doutrinadores, está entre os requisitos da união estável é a notoriedade, o que significa dizer, que a comunhão de vida deve ser reconhecida com aparência de vida conjugal ou familiar no seu meio social.

Outro aspecto relevante é o da fidelidade presumida da mulher ao companheiro, que revela a intenção de vida em comum, a posse do estado de casado e a presunção *iuris tantum* de que o filho é do casal. Além disso, o fato da mulher receber outro homem, ou outros homens, ou vice-versa, indica que entre os amantes não há união vinculatória, portanto, nem união estável, que pressupõe ligação estável e honesta. Todavia é preciso esclarecer que tal dever de fidelidade é mera relação de fato e não jurídica, que visa tão-somente valorizar a união, podendo os conviventes rompê-la, livremente, sem sofrer qualquer sanção.

A união estável, por abster-se de um documento constitutivo, apresenta certa dificuldade em relação à prova. Como situação de fato admite-se os meios usuais: confissão, documentos, testemunhas, presunções, etc.

5. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A união de fato não possui uma organização sistemática no ordenamento jurídico brasileiro, o que já é uma regulamentação jurídica fracionada que se refere às conseqüências jurídicas da convivência *more uxório* para efeitos de locação, de previdência social, de direito civil e para efeitos fiscais.

Conforme entendimento de José Lamartine de C. Oliveira:

O concubinato não é, porém, objeto específico dessas regras jurídicas; a união de fato é um pressuposto ao qual a norma liga, na disciplina de diversa relação jurídica, determinados efeitos jurídicos. Assim, por exemplo, o direito à locação atribuído à companheira no caso de transmissão por morte do locatário. Essa transmissão tem por pressuposto ou dado de fato a convivência *more uxório* estabelecida entre o locatário e a companheira: há, portanto, um reconhecimento do concubinato que funciona como fato constitutivo de uma situação jurídica de transmissão, por morte do primitivo locatário, do direito à locação.

Nesta ordem de idéias a referência à convivência *more uxório* contida em determinadas normas para efeitos jurídicos dos mais diversos - no complexo de suas manifestações - constitui índice normativo de sua relevância jurídica.

Ainda, a legislação sobre previdência social, reconhece os direitos dos que vivem sob a assistência ou dependência econômica do segurado ou associado ao admitir a divisão da pensão entre até duas companheiras do mesmo contribuinte. (OLIVEIRA, 1999, p.78)

5.1 O Direito de Família no Código Civil brasileiro de 1916

Elaborado no início do século o Código Civil brasileiro de 1916 sofreu a influência dos valores sociais de seu tempo, fundados sob o individualismo exacerbado e a tradição patriarcal, quando, no casamento, o homem era considerado o chefe da família e a mulher e os filhos seus subordinados. A Lei Civil só reconhecia a família legítima, originada no casamento civil, cujo vínculo era indissolúvel.

Outro aspecto predominante era a questão relativa ao patrimônio, sendo a família considerada como unidade de produção, daí a importância de ser o mais numerosa possível.

No final dos anos quarenta, em decorrência das mudanças sociais, surge uma nova forma de união entre o homem e a mulher, que foge à regra oficialmente aceita: o concubinato. Nasce, então, a necessidade de amparar as relações jurídicas daí advindas, atribuindo efeitos obrigacionais a este tipo de união informal efetivada à margem da lei. Relevante evidenciar o voto do Min. Hahnemann Guimarães no STF, em 1947:

A ordem jurídica ignora avisadamente a existência do concubinato, da união livre; não lhe atribui conseqüências. São situações que não têm relevância, mas isto não impediria que se pagassem, que se entendessem devidos à concubina honorários pela prestação de serviços.

O reconhecimento de efeitos obrigacionais por serviços prestados originários da união livre, embora hoje possa parecer humilhante para a mulher, foi à época um grande avanço no mundo jurídico.

Outro marco foi o reconhecimento pelo STF da sociedade de fato entre os conviventes para efeito da divisão dos bens comuns, ou seja, aqueles que foram adquiridos com a colaboração da mulher, esta quase sempre o lado hipossuficiente da relação afetiva. Entendia-se essa colaboração num sentido restrito, apenas como cooperação econômico-financeira.

No rastro das inovações, em 1983 um aresto proferido pelo Tribunal de Justiça de Sergipe afastando-se da Súmula construída pelo STF, foi além do já acobertado, até então, pelo direito e proferiu a ementa:

Sociedade de fato entre concubinos - Para configurar-se a sociedade de fato entre concubinos não é exigível a verificação de uma colaboração econômico-financeira na formação do patrimônio comum. A comunhão de interesses revela-se, também, pela vida e esforços comuns, com propósitos de cooperação.

5.2 Tutela Constitucional

A Constituição de 1988 foi um marco extremamente significativo para o Direito de família, pois passaram a ser reconhecidas as múltiplas formas constitutivas de família que sempre existiram, embora à margem dos ordenamentos jurídicos.

A Constituição de 1988 consagrou relevância à família de fato ao introduzir em seu art. 226, § 3º o princípio de proteção à família o qual dispõe:

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3.º 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".

§ 4.º "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A família passou a ser não só a matrimonial, mas também a que surgisse de união duradoura, contínua e pública, entre o homem e a mulher, assim como a monoparental.

Há, inclusive, uma moderna corrente doutrinária entendendo que, além dessas entidades familiares expressamente admitidas pelo texto constitucional, poder-se-ia

reconhecer outras formas constitutivas de família, desde que presentes os requisitos da estabilidade, publicidade, convivência e afetividade, posto que não há mais no texto constitucional qualquer cláusula de exclusão. Reconhecem, portanto, a família fraterna (formada por irmãos solteiros), a família homoafetiva e qualquer outra relação em que se evidenciem os requisitos anteriormente mencionados.

Importa destacar que as famílias constituídas por essas características devem ser tratadas de forma equânime, pois têm a mesma dignidade, idêntica importância, inadmitidas quaisquer discriminações.

Pelo que se pode concluir do preceito constitucional, a proteção do Estado não se restringe à família baseada no casamento, mas abarca a família de fato no âmbito do juridicamente relevante, de onde se conclui que família e casamento são realidades diversas.

Na união de fato, relevante é a relação em si, como fato social que é, diferentemente do casamento, onde este é o pressuposto básico da relação jurídica de direitos e deveres entre os cônjuges, estabelecida a partir do matrimônio e de caráter permanente.

A proteção constitucional à família de fato implicou no reconhecimento da sua função no âmbito da sociedade, ao equipará-la ao casamento lhe disponibilizou uma garantia institucional, possibilitando sua conversão em casamento.

No entendimento de Wald (1999, p.202) "(...) foi concedida, portanto, proteção constitucional às famílias de fato, ou naturais, sem que tal signifique a sua equiparação às famílias legítimas ou constituídas pelo matrimônio. Tanto é assim que o dispositivo constitucional determina que a lei deverá facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento. A necessidade de conversão, ou o incentivo à mesma, exclui evidentemente a equiparação da união estável ao casamento.

Prevendo a Constituição que a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento, tornou clara a distinção entre as duas espécies, além de realçar a supremacia deste instituto."

5.3 Lei 8.971, de 29.12.1994

Em 29.12.1994, foi promulgada a Lei nº 8.971, que regulou o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, em certas condições, consolidando a jurisprudência dos Tribunais, consagrando, inclusive o direito hereditário da companheira, independente da sociedade de fato anterior entre os mesmos.

Esta lei não estabeleceu a definição de união estável, mas sim seus elementos caracterizadores, ela veio completar o texto constitucional, permitir a uniformização da jurisprudência e o consenso na doutrina, introduzindo definitivamente a união estável no direito de família e no direito sucessório.

O art. 1º da Lei assegura à companheira e ao companheiro o direito aos alimentos, desde que o devedor destes seja solteiro, separado, divorciado, viúvo e que a união estável dure mais de cinco anos ou que dela tenha advindo prole. Para a manutenção deste direito é necessária a prova de sua necessidade e da não constituição de nova união, além da possibilidade do devedor de fornecê-los.

Anteriormente não se amparava tal direito, pois que não existia entre os conviventes qualquer vínculo de parentesco ou de vida conjugal, não havendo como exigir direito a alimentos um do outro sem prejuízos dos direitos concernentes à sociedade de fato, da prestação de serviços ou de indenização decorrente de ato ilícito. A jurisprudência e doutrina tinham unanimidade quanto a este posicionamento, sendo poucas as exceções.

Aqui a cobrança dos alimentos entre os companheiros se rege pela Lei 5.478, de 25.07.1968. A prova da união de fato para efeitos de cobrança de alimentos se faz pela apresentação da certidão de nascimento de filho comum ou através da evidência de vida em comum por mais de cinco anos e a inexistência de relacionamento adúltero.

No parágrafo único do mesmo artigo o legislador confirma o tratamento constitucional igualitário entre homens e mulheres ao atribuir ao companheiro o mesmo direito à pensão alimentícia.

A extinção do dever de prestar alimentos só se extingue mediante prova da modificação da situação do credor, pois esse dever só cessa se o credor constituir nova união, quer sob a forma de casamento ou de concubinato.

O art. 2º assegura aos companheiros a inclusão na ordem sucessória, sob formas diversas, conforme haja ou não dependentes e ascendentes do de cujus. Como na ordem sucessória estabelecida na Lei Civil, nos arts. 1.829, III, e 1.838 ao companheiro ou companheira caberá a totalidade da herança se o de cujus não tiver descendentes ou ascendentes, ocupando, portanto, o lugar reconhecido legalmente ao cônjuge.

Havendo descendentes ou ascendentes a sucessão opera-se para o companheiro ou a companheira como se fosse cônjuge viúvo, no caso de não ser o regime de casamento o da comunhão universal, assim prescreve o art. 2º, I e II da referida lei.

Embora não esteja explícito na lei, prevalece o entendimento de que só há direito hereditário, quando no momento do óbito ainda existia a união estável. Se assim não fosse,

haveria casos de várias concubinas pleiteando os direitos hereditários de um mesmo companheiro.

A Lei nº 8.971/94 embora discutível em alguns aspectos complementou e pôs em prática a norma constitucional.

5.4 Lei 9.278, de 10.05.1996

Em 1996 a Lei de nº 9.278 veio completar os ditames legais da entidade familiar, tratando dos efeitos *inter vivos* do concubinato, ao contrário da Lei nº 8.971/94, que dera maior ênfase às conseqüências *mortis causa*.

Um único dispositivo (parágrafo único do artigo 7º) fixou que o sobrevivente terá direito real de habitação, vitalício ou até constituir nova união ou casamento, tendo por objeto imóvel destinado à residência da família. Portanto, há incompatibilidade com o disposto nos incisos I e II do artigo 2º da Lei anterior (direito real de usufruto), posto que o direito real temporário agora reconhecido é aquele referido pelo parágrafo único do artigo 7º da nova Lei.

O novo diploma legal definiu a entidade familiar, não estabelecendo prazo para o reconhecimento da mesma, definiu os direitos e deveres dos companheiros e denominou-os conviventes, presumiu entre eles uma comunhão de aqüestos, estendeu ao companheiro necessitado, no caso de dissolução da entidade familiar por rescisão, o direito aos alimentos, atribuiu o direito à habitação em relação ao imóvel de uso residencial da entidade familiar.

Permitiu, inclusive, a conversão da união estável em casamento pelo simples requerimento ao oficial de Registro Civil, dando competência às Varas de Família para dirimir os conflitos relativos à união estável.

5.5 O Código Civil de 2002

O Livro IV da Parte Especial do Código Civil de 2002 foi destinado ao tratamento do Direito de Família. Foi destinado à União Estável e seus efeitos um título próprio (Título III).

Os arts. 1723 a 1727 (que dispõem sobre os aspectos patrimoniais e pessoais do instituto), sintetizou os principais elementos das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96.

O art. 1723 do novo diploma estabelece que "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".

Esse conceito não traz a exigência de prazo rígido para a caracterização da união estável. Há que se analisar, diante do caso concreto, se presentes a estabilidade, convivência, ostensibilidade e afetividade da relação. Estabelecer esse prazo rígido implicaria em possibilidade de negar a existência de uma união estável que de fato estaria configurada ou de reconhecer como uniões estáveis relações que, embora duradouras não têm como finalidade a constituição de família.

O referido art. 1723, em seu § 1º, dispõe expressamente que é possível a constituição de uniões estáveis entre pessoas casadas, desde que separadas de fato ou judicialmente. Tal entendimento já vinha sendo seguido pela jurisprudência majoritária.

É em consonância com o supramencionado § 1º do art. 1723, que deve ser interpretado o art. 1727 do novo Código Civil. Estabelece este último que "as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

Teve por objetivo diferenciar a união estável do concubinato, entendido este como a relação adúltera ou incestuosa. Visa resguardar o Princípio da Monogamia, ordenador de todo o direito de família. Se o ordenamento jurídico pátrio só admite o casamento monogâmico e, uma vez que há união estável entre pessoas que, embora não sendo casadas, vivem como se o fossem, não há que se falar em união poligâmica.

O art. 1724 do atual Código Civil brasileiro estabelece os deveres de lealdade, respeito e assistência entre os companheiros e de guarda, sustento e educação dos filhos. Nota-se que, paulatinamente, tais uniões vão deixando de ser "livres", pois há cada vez mais intervenção estatal, através da fixação de regras como estas.

No tocante às conseqüências patrimoniais, segundo o art. 1725 do Código Civil de 2002, "na união estável, salvo convenção válida entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". Não mais existe a possibilidade de comprovar ausência de esforço comum com o intuito de negar-se a partilha de bens.

Quanto aos alimentos decorrentes da dissolução da união estável, de acordo com o art. 1694 do atual diploma, os conviventes (assim como os cônjuges) podem reclamar, reciprocamente, os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social. Neste passo, a melhor interpretação do dispositivo é a de que devem se

aplicar à obrigação alimentar dos conviventes, as mesmas regras e os mesmos princípios que regem tal obrigação resultante da separação judicial (arts. 1694 a 1710, CC/2002).

Em relação aos direitos sucessórios dos companheiros o atual código deixou falhas. Tratou de maneira absolutamente desigual os cônjuges e os companheiros, o que, como visto, não se admite no regime constitucional vigente. Enquanto o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, com posição privilegiada (pois concorre em certos casos com os ascendentes e os descendentes do de cujus), o companheiro continua como herdeiro facultativo e só terá direito à totalidade da herança se não houver colaterais sucessíveis (art. 1790, inc. IV, CC/2002).

Trata-se de evidente retrocesso, uma vez que pelo regime anterior (Lei nº 8971/94), na ausência de ascendentes e descendentes do companheiro morto, o convivente teria direito à totalidade da herança.

O art. 1790, caput, estabelece que somente quanto aos bens adquiridos na constância da união estável, o companheiro ou companheira participará da sucessão do outro. Ora, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a relação, o companheiro já é meeiro (art. 1725, CC/2002). Tal restrição é absolutamente infundada.

Ressalte-se que a totalidade da herança a que se refere o inciso IV do art. 1790, neste contexto, limita-se aos bens adquiridos durante a união estável e, em sendo assim, se o de cujus possuía outros bens, adquiridos anteriormente e, não havendo outros parentes sucessíveis, tais bens não integrarão a herança do companheiro sobrevivente. Passarão ao Município, ao Distrito Federal ou à União, conforme a hipótese (art. 1844).

Conclui-se que o convivente sobrevivente, quando do desfazimento da união estável pela morte de seu companheiro, terá direito à metade dos bens adquiridos na constância da convivência, além da quota hereditária que lhe é conferida em relação à outra metade pelo art. 1790 e incisos.

Importa ainda saber se houve a integral revogação dos dois diplomas legais que tratavam das uniões livres (Leis nº 8971/94 e nº 9278/96). O novo diploma civil não optou pela revogação expressa, o que teria sido mais técnico. Dessa feita, entendeu-se que tão somente as normas contrárias ao Código de 2002, ou as que tratarem de matérias que por este diploma foram inteiramente reguladas encontram-se revogadas.

Por essa razão, infere-se que o direito real de habitação, conferido em caso de dissolução da união estável pela morte de um dos companheiros (art. 7º, lei nº 9278/96), teria sido mantido. O novo Código Civil silenciou quanto a este aspecto, mas tal interpretação equivaleria a estabelecer tratamento paritário em relação ao cônjuge sobrevivente, que tem o direito real de habitação garantido pelo art. 1631 do mencionado diploma.

Como se percebe, no tocante aos direitos hereditários, o tratamento conferido à união estável é evidentemente discriminatório em relação ao estabelecido no tocante às relações matrimoniais. Em sendo assim, urge que o atual diploma seja reformado nesta parte, para que seja respeitada a Constituição Federal de 1988, posto que as referidas disposições ferem de morte fundamentos constitucionais, tais como o Princípio da Dignidade Humana, bem como o Princípio da Isonomia.

6. OS EFEITOS PATRIMONIAIS GERADOS PELA UNIÃO ESTÁVEL

6.1 Formação do patrimônio comum dos companheiros

É certo que a união estável reconhecida pela lei reveste-se de cunho de seriedade e constância que leva ao entendimento único da estreita vida comum, como no caso sacramentado pelo contrato de casamento; são os elementos essenciais constituídos pela *affectio maritalis* e pela convivência *more uxório* para a constituição, da relação tutelada pelo Direito Material, a partir do advento das leis estudadas.

O que se operou, de fato, foi a legitimação da união estável como entidade familiar, o que leva a que se aplique, a essa união, as regras gerais do Direito de Família; cessam por aí suas comparações com o casamento, mormente nos efeitos patrimoniais do mesmo. Então, apenas resta, à união estável, o recurso aos entendimentos da formação patrimonial societária, para o qual lhe já haviam remetido jurisprudência e doutrina, cujo princípio restou, pelas leis estudadas, inalterado.

E, dentro desse entendimento, quanto à verificação da formação patrimonial, bem como para verificação da participação nesta pelos companheiros, analogicamente, não apenas à sociedade de fato pode ser equiparada, para tal, a união estável. Com o advento da Lei 9.278/96, o entendimento da presunção do esforço comum, *juris tantum*, outrora eivado apenas de construção doutrinária e jurisprudencial, foi concretizado na norma legal pertinente à matéria, com a presunção, que nada mais é do que a corroboração deste entendimento.

Não se fala em sede de união estável, logicamente, em comunicabilidade ou incomunicabilidade de bens, como, outrossim, discute-se no referente casamento. Dessa forma, a orientação mais segura no concernente à estipulação da formação patrimonial seria, até o advento da Lei 9.278/96, sem embargo, a consideração das contribuições, quer seja mediatas ou imediatas, diretas ou indiretas, que os companheiros efetuaram ao longo da vida em comum, no objetivo da formação do patrimônio.

6.2 Dissolução patrimonial da sociedade gerada pela União Estável

É imprescindível a participação, ainda que presumida, para a formação do patrimônio do casal para que se possa perquirir de sua dissolução com conseqüente partilha, uma vez que,

como restou evidente, não existem bens, tampouco sua comunicabilidade, ao contrário do casamento. Também não podem, resta claro, os companheiros optarem por regimes de bens, no caso ventilado inexistentes na lei, todavia, como já mencionado, de criação possível por meio da união estável contratual, estabelecida nos artigos que sofreram o veto presidencial.

Torna-se necessária a contribuição para a formação do patrimônio comum, mas por esta já não considerada tão-somente a destinação de pecúnia para a compra de bens, mas também as contribuições indiretas e medidas efetuadas no sentido da melhoria das condições de vida, bem como no concernente à diminuição da despesa para a possibilidade de aquisição de certos objetos, que tornem a vida do casal mais fácil ou mesmo mais confortável. Atualmente, em razão dos avanços legais trazidos pela Lei 9.278/96, como resta claro em seu art. 5º, a comunhão de esforços é presumida sempre em tal sociedade, a não ser pela hipótese de incidência de seu parágrafo primeiro, em que tal seria excluída.

6.3 Outorga uxória

Imperativa se mostra a necessidade da obtenção de outorga dos conviventes nas hipóteses de alienação, onerosa ou gratuita, dos bens enumerados no CPC, sem a qual não se atinge a segurança almejada para tais relações em benefício do comprador, tampouco em benefício presumido da entidade familiar.

Claro que aquele que adquire bem imóvel junto a alguém que mantenha união estável deve precaver-se contra possibilidade de ação visando à anulação da compra e venda operada, obtendo, no título translativo do domínio, a autorização do outro companheiro, principalmente em se tratando de união estável que tenha por origem um contrato.

Tal se dá porque, se o patrimônio é comum aos conviventes, mesmo porque em favor dessa situação existe presunção legal, torna-se necessária a assinatura de ambos os proprietários para a validade da transferência patrimonial objeto da obrigação. Evidentemente, em entendimento contrário, se há prova irrefragável de que o bem não chega a integrar o patrimônio familiar, não subsiste a necessidade de tal cautela, visto que é não menos certo que apenas tocará a propriedade a um dos conviventes, a este cabendo alienar o bem a qualquer título.

6.4 O sistema sucessório pertinente à União Estável

Parece haver sido a intenção do legislador, em face do exame dos art. 5º e 7º da Lei 9.278/96, que primeiro se desse uma partilha dos bens adquiridos na constância da relação, no caso de falecimento de um dos conviventes, após o que restante entraria de posse do direito real de habitação, que é menos abrangente que o usufruto, relativamente ao imóvel de residência do casal.

O que ocorre de lastimável é que a nova lei, lacônica, revogadora da anterior mal escrita não determina o ingresso do companheiro sobrevivente sequer na sucessão de seu convivente falecido, posto não mencionar nada a respeito em seu texto, talvez pretendendo uma analogia com o art. 1.603 do Código Civil, que, todavia, é operação de construção doutrinária mais complexa do que aparenta. Pela literalidade do sistema sucessório criado pela nova lei, no caso de falecimento de companheiros sem que qualquer um destes tivesse herdeiros, ambos possuindo apenas um imóvel onde residiam, como sobrevivente não resta colocado nem como herdeiro do falecido, nem na ordem de vocação hereditária em analogia com o casamento, teria, apenas, direito à divisão patrimonial de metade do domicílio conjugal, e de direito de habitação no restante de tal bem, que pertenceria à pessoa de Direito Público competente. Sistema ilógico que mais se agravaria, na hipótese de propriedade de mais imóveis.

No que concerne ao sistema sucessório da união estável, importante a ressalva da permanência dos ditames da Lei 8.971/94 a regulamentar a sucessão dos companheiros, uma vez que tal matéria, não tendo sido abrangida integralmente pela Lei 9.278/94, não foi abrogada em seu texto original.

O novo projeto de criação do Estatuto da União Estável, mesmo versando sobre a disposição do sistema sucessório, bem como sobre a ordem de vocação hereditária do companheiro supérstite, delimita as matérias de forma incompreensível para um estatuto que trate da instituição como família, em obediência ao disposto na Constituição Federal de 1988.

É que, como mencionado nos comentários aos dispositivos do projeto referido, resta impossível a consideração da união estável como entidade familiar, se não se lhe fornece a própria lei a disposição sucessória equivalente aquela determinada para a família constituída pelo casamento.

Não é certo, nem viável que prospere o raciocínio de que a união estável deve propiciar menos direitos e garantias que o casamento, uma vez que se revel, também, fonte de formação familiar; com maior razão admitir-se que as diferenças porventura havidas seriam

percebidas na hora da morte de um dos companheiros, como pretende o projeto, é de covardia impensável para um texto legal.

7. ALIMENTOS E UNIÃO ESTÁVEL

Para Gomes:

Alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução. (GOMES, 2002, p. 54).

Para o instituto da união estável travou-se celeuma doutrinária e jurisprudencial no sentido de se conceder alimentos ao companheiro, quando findada a relação concubinária porém, não florescia pretensão neste sentido, havendo falta de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido. Afastava-se da esfera do artigo 226, § 3º, da Constituição da República, a obrigação alimentar entre concubinos, pois tal dispositivo cria função de assistência para o Estado e não para o companheiro frente à companheira e vice-versa. Ventilou-se muito no Tribunal de São Paulo que, na conjuntura retratada pelo direito normativo à época (antes da lei de 1994), afluía-se juridicamente inviável pretensão desfraldada por ex-concubina a fim de obter pensão alimentícia com fundamento na ruptura da livre união concubinária acertada durante certo tempo. Isso em São Paulo, não obstante as razões espelhadas em conhecido venerando aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, palco de célebres, vanguardistas e justas decisões, sendo que o primeiro caso concessivo de alimentos - que temos notícia - foi julgado pelo Tribunal de Justiça fluminense.

A polêmica questão não era nova naquele tempo, embora revigorada, em face do disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição da República, que perdurou até a edição da Lei 8.971/94. Posições divergiam acerca do comando constitucional, havendo quem sustentava que não houve equiparação pura e simplesmente da entidade familiar estável aos efeitos jurídicos reservados exclusivamente ao casamento, por mais liberalizantes e especiais que fossem as interpretações do texto. Aliás, em boa hermenêutica não sobreleva elastério embasado em razões complexas ou dificultosas, mormente quando voltada a preceito constitucional, cuja natureza rígida garante-lhe a supremacia no ordenamento jurídico.

Discutia-se também a obrigação de prestar alimentos assumida contratualmente pelos concubinos, sem homologação judicial, quando então poderia ser exigida em ação de cobrança sem o caráter de dívida alimentar.

Enfim, doutrina e jurisprudência, particularmente da Corte de São Paulo, não vacilaram em arredar da esfera do citado artigo 226, § 3º, da Carta Magna a obrigação alimentar entre concubinos. De fato, o dispositivo cria função de assistência para o Estado, não para o companheiro frente à companheira e vice-versa.

Vale citar Diniz: "é tranqüilo o entendimento de que o pressuposto da pretensão alimentar entre os cônjuges seja o matrimônio, que atenda aos requisitos de forma e substância postos como condição de sua existência". (DINIZ, 2002, p. 56).

E, citando venerando aresto do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, lembra: "em circunstâncias tais, sendo o dever de mútua assistência do artigo 231, inciso III, e de manutenção da família do artigo 233, inciso IV, decorrência do casamento, considera-se que somente a esposa legítima tem direito a reclamar alimentos...". (DINIZ, 2002, p. 56).

Grosso modo, acrescente-se, os defensores da concepção oposta pareciam identificar a cogitada pensão alimentar com a indenização que pretoriamente vinha sendo admitida no caso de desfazimento das alianças ditas *more uxório*. Mas, como avisa a mesma Maria Helena Diniz, o colorido indenizatório extrapola o Direito da Família para se inserir no campo do Direito comum.

Nesta conformidade, julgava-se o autor carecedor da ação proposta, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. E isso seja por falta de interesse processual, seja pelo ângulo da impossibilidade jurídica do pedido.

Muito caminhou o nosso Direito até os dias que correm, desde a tênue defesa do concubinato, nos primórdios, pretendendo alçar a mulher como mera vítima na irregular união, a proteger tão-só os interesses do parceiro.

Ulteriormente, por normas recentes, variados os direitos de aquinhoamento da mulher, para atingir, no maior deles, até quanto à própria sucessão do concubino falecido. No aparamento de arestas, teve-se que o fundamento central se cifrava na falta de texto expresso em lei para amparar-se o intento alimentício.

Surrado o uso da condensação jurídica, a apregoar que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, no campo dos alimentos, imprescindível era mesmo tal existência, precisamente. Era a posição majoritária e de quase unanimidade nacional.

E com razão. A obrigação alimentar resulta da lei, da vontade e do delito. Pondera Viana que:

A dívida de alimentos provém de várias fontes, a saber: a) do parentesco (CC, art. 396); do casamento (CC, art. 233, IV); c) de ato ilícito, em que o causador do dano fica obrigado a pensionar a vítima (CC, art. 1.537, II); d) da união estável (art. 7º,

caput, da Lei n. 9.276, de 10-5-96); e) de contrato entre concubinos com obrigação alimentar em escritura pública. (RJTJESP, 51:30) (VIANA, 2002, p. 104).

Resultantes da lei são os alimentos devidos em razão de parentesco ou do casamento; voluntários são os decorrentes de declaração de vontade *inter vivos* ou *causa mortis*; como forma de ressarcimento do dano *ex delicto* são os alimentos previstos no Código Civil. A obrigação reclamada por concubina, antes da lei regente, não se enquadrava em nenhuma destas três hipóteses. Não eram casados, nem mantinham qualquer grau de parentesco; comumente nada havia de estipulação a favor (se tivesse lícito e possível seria o pleito) e não se tratava de vítima de delito praticado pelo ex-concubino. Em resumo, não se amoldando a estas situações, direito algum havia a dar guarida.

Porém, atento à evolução histórica, veio a lume a Lei n. 8.971, de 1994. Seguiu-se depois a Lei n. 9.278/96, tratando da mesma matéria no artigo 7º, porém, diversamente do Diploma Congressional anterior, este referendava mais o direito substantivo que o adjetivo.

Que se podiam pleitear alimentos, não se discutia mais. Porém, travou-se nova discussão: qualquer concubino poderia valer-se daquela lei? Seria apenas para a concubina o direito? Ventilou-se que o texto legal limitou o direito de alimentos apenas à mulher. Como também, muito se disse que a lei protege apenas o concubinato puro, ou simples. Disseram mesmo que estava excluído o chamado concubinato adulterino, ou impuro, ou ao menos que de alguma forma estivesse vinculado ao dever de fidelidade pelo casamento. Talvez por falha legislativa houvessem mesmo sido sugeridas estas idéias, como também que para a companheira não se exigia que fosse solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva; mas sim, que o companheiro de quem se pretendia pleitear alimentos fosse solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo.

Quanto à espécie do concubinato, certamente deve ser puro. Não pode ser adulterino ou incestuoso, pois do contrário se estaria premiando situações verificadas ao arrepio do primado da legalidade. Não foi por outro motivo que a lei, logo no artigo 1º, arrolou o estado civil do companheiro. Por identidade de razões, no atinente à situação da companheira, não obstante a falha do legislador, entendemos que ela também deve ser solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. Se algum dos companheiros permanecer no estado civil de casado, haverá inobservância do artigo 1º da Lei nº 8.971, de 1994, sendo por isso inviável o pleito.

E, não obstante o contido no artigo 1º da Lei nº 8.971/94, se restar comprovado que o companheiro casado estava separado de fato, quando da vigência da união estável, e

preenchidos os demais requisitos a amparar a concessão de alimentos, pode-se conceder estes em favor do outro companheiro.

Relevante requisito, no nosso sentir, que se emerge do art. 1º, da Lei nº 8.971/94, é que a companheira tenha vivido o companheiro, "há mais de cinco anos". A convivência não basta ser estável, tem de ser no mínimo por cinco anos. Noutras palavras, a Lei Federal nº 8.971, de 1994, exige, para o ajuizamento da ação de alimentos, a comprovação da existência do concubinato à época de sua entrada em vigor. Afastar-se-ia a necessidade de decurso de tempo, para os efeitos da lei em comento, a existência de prole comum. É no mais o comando do mesmo artigo 1º. Do contrário, permitir-se-ia que, uma pessoa durante curto espaço de tempo, entrelace-se em tantas quantas forem as uniões estáveis necessárias a lhe conferir incontáveis direitos decorrentes deste instituto. Vulnerar-se-ia toda uma segurança jurídica, uma paz social e, principalmente, os ditames sócio-filosóficos do instituto, dado o caráter de entidade familiar sob o qual se lhe fez repousar o pálio constitucional.

Acentue-se que, é entendimento pacífico na doutrina que o nascimento de filho comum torna dispensável o prazo mínimo de duração da união, mas não a prova de sua estabilidade e seus demais requisitos, isto é, inexistência de impedimentos matrimoniais, coabitação, singularidade, publicidade e *affectio maritalis*. Não fosse assim, chegar-se-ia ao absurdo de se conceder pensão alimentícia à mulher que tivesse mantido relações sexuais com um homem uma única vez.

Fiúza alega:

Nestas condições, o nascimento de filho funciona exclusivamente como um evento suficiente em si mesmo para dispensar o decurso de prazo de convivência fixado na norma, tempo este que seria indispensável à produção dos seus efeitos, mas que não supre a necessidade de comprovação da união estável. (FIÚZA, 2003, p. 89)

De todo modo, não obstante a inexistência de equiparação do casamento à união estável para fim de direito alimentar, porque o artigo 226, § 3º, da Constituição da República, que não possui esse alcance, tal direito aos companheiros ressoa indisputável, porque a Lei 8.971/94 introduziu o direito aos alimentos entre os companheiros, direito que não se funda no *jus sanguinis*, nem decorre de parentesco. Resulta do dever de assistência material recíproca.

Porém, sobreveio em 1996 a Lei da União Estável, tratando igualmente da matéria no artigo 7º. Outra confusão se instaurou, porque esta trouxe requisitos mais brandos para o surgimento do direito a alimentos. Não houve mais referência ao estado civil dos

companheiros, à existência de prole comum ou à duração mínima dessa união, como também não explicitou se a convivência de fato à margem do casamento em vigor seria protegida.

Quais das Leis então deve ser aplicada? Sustentou-se que o disposto na Lei nº 8.971/94 restou absorvido pela Lei nº 9.278/96, dada a maior amplitude desta; que, ante a incompatibilidade entre o artigo 1º daquela lei com o artigo 7º desta, houve revogação da legislação anterior; que, com supedâneo no art. 2º, § 1º, última parte, da Lei de Introdução ao Código Civil, ocorreu ab-rogação da Lei de 1994, pois a de 1996 regulou inteiramente toda a matéria.

Varela, entretanto, entende que:

A lei nº 9.278/96 não faz menção ao estado civil dos concubinos. Nesse ponto, porém, tem aplicação a Lei n. 8.971/94, que, ao reconhecer direitos sucessórios e alimentos entre os companheiros, determina que sejam solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos. Não se compadece com os objetivos da lei que pessoas casadas mantenham duas situações familiares semelhantes e concomitantes, uma sob a proteção do casamento, outra ao amparo da entidade familiar. (VARELA, 1997, p. 120)

E continua o professor:

À luz da Lei n. 9.278/96, não subsiste a exigência de filhos comuns, pois, comprovada a união estável, em caso de rompimento, exsurge o direito a alimentos, de acordo com as necessidades de quem os pleiteia". (VARELA, 1997, p. 120).

Tendo-se em mira tais preciosas e judiciosas ponderações, sem embargo dos doutos pensamentos contrários, entendemos que a segunda lei (Lei de União Estável: Lei nº 9.278/96) não revogou inteiramente a primeira, no que concerne aos alimentos. O que fez foi apenas complementá-la. Ambas podem conviver em perfeita harmonia, porque enquanto uma tratou essencialmente da parte procedimental, da ação; a outra, tratou mais do direito material. A lei nova que estabelece disposições gerais sobre determinada matéria, a par das já existentes, não as revoga nem as modifica.

O mesmo não se diga em relação ao novo Código Civil que, nos artigos 1.723 usque 1.727 disciplinou a união estável e, no artigo 1.694 tratou dos alimentos, devidos inclusive entre os companheiros.

CONCLUSÃO

O concubinato produz conseqüências jurídicas variadas, consoante seja classificado como puro ou impuro. Ao primeiro, denominado hoje união estável, e levado pela Carta de 1988 à categoria de entidade familiar, atribuem-se caracteres que o aproximam, em certos pontos, do casamento; ao segundo, o ordenamento e a posição dos Tribunais reservaram poucas benesses, visando exatamente realçar a importância do aprofundamento das vinculações.

Há quem considere as Leis n.ºs. 8.971/94 e 9.278/96 inconstitucionais, por estimularem a união estável em alguns de seus artigos, afirmando que a própria lei, ao regular a união estável, estaria a desacreditar o instituto do casamento, e que esta deveria apenas permitir às pessoas que tenham convívio estável certas garantias, direitos e obrigações, desde que a convertam em casamento, mas a partir do advento dessas Leis, o companheirismo passou a receber amplo resguardo, porque a realidade social do país alertou as autoridades para o fato de que as relações concubinárias estão tomando espaço anteriormente próprio do casamento. Assim, regulamentar os relacionamentos constituídos à margem da vontade legislativa tornou-se instrumento de tutela não apenas das partes, mas igualmente do matrimônio, eis que a união livre deixou de ser totalmente despida de compromissos. Figura, agora, como espécie de meio termo entre a antiga modalidade - absolutamente alheia ao destino dos partícipes - e o casamento civil.

A união estável é hoje uma realidade social, econômica e jurídica, reconhecida pela nossa Lei Maior.

A crise na estruturação patrimonial do casamento não deve ser motivo, no entanto, para acoimar de inconstitucional os direitos deferidos pela nova lei. Enquanto o regime codificado vinha informado pela existência de um laço formal, o texto legal se assenta numa versão solidificada do relacionamento, a merecer proteção do Estado, embasada num projeto parental.

Em conclusão, tendo a natureza jurídica de célula formadora da entidade familiar em nossa sociedade todas as relações advindas da união estável serão extensivamente consideradas questões familiares, regidas pelo sistema do Direito de Família e apenas por seus institutos objetivamente regulamentados.

Assim, em face da natureza jurídica atinente às relações geradas pela união estável, a composição dos conflitos daí advindos ou a declaração ou constituição dos direitos dela

decorrentes devem ser pautadas pelos dispositivos referentes à entidade familiar, e processadas e julgadas junto aos órgãos jurisdicionais a que, ressalvadas as normas de organização judiciária dos vários Estados da Federação, couber apreciá-las, como relações de Direito de Família que, em face do texto constitucional, passam a ser.

Todavia, o conhecimento e a identificação da natureza jurídica familiar da união estável não logram conseguir identificar o instituto entre os inúmeros outros similares na sociedade, tampouco estabelecem quais sejam os elementos e os requisitos de sua composição básica.

Claro resta, que além da verificação da natureza jurídica da união estável, para sua configuração no meio social, há que se verificar se ela, enquanto negócio jurídico, compreende todos os elementos e requisitos necessários a sua validade.

Partindo-se da premissa de que jamais poderá formar-se validamente sem a presença de consentimentos convergentes de vontade, indubitado ser a união estável negócio jurídico bilateral, como tal, sujeito para sua validade, à existência de elementos essenciais, bem como capaz, ainda, de abarcar elementos naturais e acidentais que lhe podem, ocasionalmente, reger situações em seus desdobramentos verificadas.

Sendo os elementos essenciais aqueles sem os quais o negócio jurídico inexistente, ou se constitui em negócio diverso do apreciado, a voluntariedade manifestada pela intenção de conviver maritalmente, bem como respeitar os ditames socialmente concebidos para a concepção de família, torna-se imprescindível à configuração da união estável.

São estes os elementos denominados *affectio maritalis* e convivência *more uxório*, essenciais à perfectibilização do fenômeno da união estável, em seu reconhecimento pelo direito. Para a consideração da união estável em sua extensão constitucional mister, ainda, atender tal relação aos requisitos materiais intrínsecos e extrínsecos de validade exigidos por nosso sistema de Direito para os atos e negócios jurídicos, quais sejam: a capacidade das partes conviventes, a manifestação não viciada de sua vontade em conviver e constituir entidade familiar, bem como a forma pela qual tal relação será oficializada, que, nada na lei impede, seja a forma contratual.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código civil brasileiro de 1916. Rio de Janeiro: Auriverde, 1988.
- BRASIL. Código civil brasileiro. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Auriverde, 2002.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. 4 ed.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIÚZA, César. **Direito civil curso completo**. São Paulo: Del Rey, 2003.
- GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994.
- BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de & MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 3.ed. Curitiba, Juruá, 1999.
- VIANA, Marco Aurélio. **Curso de direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. **Da União Estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.