

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

A UNIÃO ESTÁVEL E SUA POLÊMICA LEGISLAÇÃO

JASON MARCELINO RIBEIRO

RIO DE JANEIRO

2008

JASON MARCELINO RIBEIRO

A UNIÃO ESTÁVEL E SUA POLÊMICA LEGISLAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Leandro Ribeiro

RIO DE JANEIRO

2008

JASON MARCELINO RIBEIRO

A UNIÃO ESTÁVEL E SUA POLÊMICA LEGISLAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Data de aprovação:** \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence – Orientador(a)

---

Nome completo do 2º Examinador  
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence \_

---

Nome completo do 3º Examinador  
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus pais, Zadiel e Eliza, que com desmedido esforço educaram a mim e a meus doze irmãos, conduzindo todos em caminhos de retidão. Aos meus irmãos Zadiel Filho e Dianlei pelo apoio e ajuda essenciais ao início de minha carreira estudantil.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu Professor e orientador, Leandro Ribeiro, pelo apoio e encorajamento contínuos na pesquisa e aos demais Mestres da Faculdade Nacional de Direito, pelos conhecimentos transmitidos.

## **RESUMO**

RIBEIRO, Jason Marcelino. *A União Estável e sua Polêmica Legislação*. 2008. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

São analisadas questões contraditórias, divergentes para a doutrina e a jurisprudência pátrias sobre a legislação brasileira acerca da união estável. Para melhor compreensão do tema, inicia-se com a análise do conceito e do histórico da união estável, no Brasil e no mundo. No segundo capítulo, as diversas legislações brasileiras sobre o assunto são tratadas particularmente. Por fim, o último capítulo dedica-se ao estudo das principais questões divergentes sobre a união estável no Direito brasileiro.

Palavras-Chave: união estável; divergência; entidade familiar; equiparação.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 CONCEITO E HISTÓRICO DA UNIÃO ESTÁVEL</b> .....	10
2.1 <b>Conceito de união estável</b> .....	10
2.2 <b>Breve Histórico da União Estável</b> .....	13
2.3 <b>A união estável no Brasil</b> .....	15
<b>3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A UNIÃO ESTÁVEL</b> .....	18
3.1 <b>Os primórdios do direito concubinário no Brasil até o advento da Constituição Republicana</b> .....	18
3.2 <b>A Constituição da República de 1988</b> .....	21
3.3 <b>A Lei 8971/94</b> .....	24
3.4 <b>A Lei 9278/96</b> .....	26
3.5 <b>A união estável no código civil de 2002</b> .....	28
<b>4 QUESTÕES CONTROVERTIDAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE UNIÃO ESTÁVEL</b> .....	32
4.1 <b>Da Competência das varas especializadas nas questões que envolvem a união estável</b> .....	32
4.2 <b>A partilha na união estável</b> .....	34
4.3 <b>Alimentos e indenização por serviços prestados</b> .....	36
4.4 <b>Culpa e alimentos</b> .....	39
4.5 <b>A discriminação do companheiro no que concerne ao direito sucessório</b> .....	41
4.5.1 <u>Evolução Legislativa</u> .....	41
4.5.2 <u>Desigualdade de tratamento entre o cônjuge e o companheiro</u> .....	43
4.6 <b>A nova ordem da vocação hereditária</b> .....	47
4.7 <b>Da filiação proveniente de uma união estável</b> .....	50
4.7.1 <u>Conceito e classificação</u> .....	50
4.7.2 <u>Evolução legislativa até a igualdade entre os filhos</u> .....	51
4.8 <b>Famílias paralelas</b> .....	52
4.9 <b>A questão da inconstitucionalidade das leis regulamentadoras</b> .....	54

<b>4.10 O contrato de união estável como possível solução para a insegurança jurídica típica deste relacionamento.....</b>	<b>57</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>62</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família estuda esta que é considerada a célula formadora e base de sustentação da sociedade. Entretanto, quando se estuda este ramo do Direito, uma questão logo se levanta: o que é a família? Apesar de podermos considerar a família a relação de parentesco entre tios, avós, primos, sobrinhos e etc, a tendência atual é restringirmos cada vez mais este conceito a pais e filhos.

A prova disso está no Código Civil que muitos ainda insistem em chamar de novo. O parentesco colateral não é mais considerado até o sexto grau, mas tão somente até o quarto. Cada vez mais são restringidos direitos até o colateral de segundo grau e o cônjuge e os filhos se tornam mais importantes em questões como herança e alimentos.

Insistindo na pergunta, o que é família? Até 1988 o legislador tapava os olhos às demais formas de entidades familiares, como em um encantamento cego pelo casamento. A família matrimonializada era a única a merecer sua proteção. Mas, em 1988, a Constituição Garantista tratou de ampliar este rol, considerando como entidade familiar, além daquela formada pelo casamento com registro civil, a união estável entre homem e mulher e a família monoparental, qual seja, a formada por um dos pais e os filhos.

É nesse contexto, de restrição e ao mesmo tempo ampliação da idéia de família, que o presente trabalho monográfico tem como escopo discutir questões tão importantes quanto polêmicas sobre a legislação que versa sobre a união estável.

Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica exploratória, extraindo os dados que embasaram esta monografia da doutrina, da jurisprudência e da legislação pátrias.

No primeiro capítulo será apresentado o conceito de união estável através das diversas legislações e diferentes concepções doutrinárias e também um breve histórico da união estável no Brasil e no mundo.

O segundo capítulo procura apresentar as legislações pátrias sobre o tema, sempre, de forma crítica, para que se tenha melhor compreensão das questões contraditórias analisadas especificamente no terceiro capítulo.

O estudo do tema “União Estável e sua Polêmica Legislação” é de grande relevância já que, passados quase vinte anos que Constituição da República reconheceu esta forma de relacionamento como entidade familiar, muitas questões ainda se encontram lacunosas e são motivo de acentuada divergência na doutrina e jurisdição pátrias.

Muitas dessas questões são analisadas no presente trabalho, dentre elas a da culpa, da discriminação de tratamento entre companheiros e cônjuges e a concorrência sucessória entre

os mesmos, a nova ordem da vocação hereditária, o contrato de união estável, a polêmica levantada quanto à inconstitucionalidade das leis regulamentadoras do parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição da República.

Essas questões perfazem apenas uma parte da problemática já que temos a consciência da impossibilidade de se esgotar o tema.

## 2 CONCEITO E HISTÓRICO DA UNIÃO ESTÁVEL

### 2.1 Conceito de União Estável

A Constituição Federal de 1988 não definiu o instituto da união estável, dizendo apenas sê-la o resultado do vínculo existente entre homem e mulher. Outrossim, ampliou a idéia existente de família ao incluir como entidade familiar a relação estável entre pessoas de sexos diferentes porém não casadas, e ainda, aquela formada por um dos pais e seus filhos, conhecida como família monoparental.

Segundo o artigo 1º da lei 8971/94 união estável é a união entre um homem e uma mulher, que convivam a mais de cinco anos, ou tenham prole, não tendo nenhum dos dois impedimentos para casarem.

A lei 9278/96 definiu união estável como a formada pela convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com a intenção de constituir uma família. Nada dispôs sobre tempo mínimo de convívio, assim acabando com a tão polêmica questão dos cinco anos trazida pela legislação anterior.

O código civil de 2002 (CC/2002) inovou em relação ao de 1916 com a criação do título da união estável no livro do direito de família. O referido código, no caput do seu artigo 1723, dispõe: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na vivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. No parágrafo primeiro do mesmo artigo determina que sejam observados para a união estável os mesmos impedimentos relacionados ao casamento no art. 1521 do citado diploma legal. Entretanto faz exceção ao inciso VI que impede as pessoas ainda casadas de se casarem novamente. Essa exceção alcança os ainda casados, porém separados de fato ou judicialmente. A legislação não permite o casamento do separado, mas reconhece a sua união estável.

O parágrafo segundo do art. 1723 do CC/2002 determinou: “As causas suspensivas do art. 1523 não impedirão a caracterização da união estável”. Ou seja, as causas suspensivas que devem ser observadas para a constituição de novo matrimônio, não o são para o estabelecimento de união estável. Em verdade, as causas suspensivas não impedem de fato o estabelecimento de novo matrimônio, mas tão somente infligem a quem as desrespeitar a sanção de obrigatoriamente se casar pelo regime de separação (art. 1641 do CC). As causas

suspensivas objetivam evitar as confusões patrimonial e sangüínea e proteger o incapaz, mas o legislador não as estendeu à união estável.

Pelo exposto se conclui que, para o Código Civil de 2002, união estável é aquela estabelecida entre um homem e uma mulher que não sejam impedidos de casar, salvo, quando casados, estiverem separados de fato ou judicialmente, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o ânimo de formar uma família.

Para Maria Helena Diniz:

A proteção jurídico-constitucional recai sobre uniões matrimonializadas e relações convivenciais *more uxório*, que possam ser convertidas em casamento. Com isso, a união estável perde o *status* de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar, logo não pode ser confundida com a união livre, pois nesta duas pessoas de sexos diferentes, além de não optarem pelo casamento, não têm qualquer *intentio* de constituir família, visto que, tão somente, assumiram “relação aberta” ante a inexistência de compromisso (RT, 698:73) (grifos da autora).<sup>1</sup>

Ainda citando Maria Helena Diniz, a novel autora aponta os elementos essenciais para a configuração da união estável: diversidade de sexo, ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre conviventes, notoriedade de afeições recíprocas, honorabilidade, fidelidade ou lealdade e coabitação. Todavia, a autora faz a ressalva de que a união estável pode existir mesmo sem a configuração deste último elemento.<sup>2</sup> Este pensamento se coaduna com o exteriorizado pelo STF em sua súmula de número 382: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Enumera também aqueles que ainda que não-essenciais, podem servir de prova da existência da união estável: a dependência econômica da mulher, a relação com a família do convivente, criação e educação pela convivente dos filhos de seu companheiro, casamento religioso sem o efeito civil e sem seu assento no Registro Público, casamento no estrangeiro de pessoa separada judicialmente, gravidez e filhos da convivente com o homem com quem vive, existência de contrato de convivência, também chamado de contrato de união estável, etc.<sup>3</sup>

Para Rodrigo da Cunha Pereira “união estável é a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não-adulterina e não-incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil”.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5<sup>o</sup>v.: direito de família. 22 ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 354.

<sup>2</sup> Ibid. p. 355, *et seq.*

<sup>3</sup> Ibid. p. 365-367.

<sup>4</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União estável**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.28-29.

De fato não serve um simples relacionamento entre amigos, deve ser afetivo-amoroso. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, não considerando, ao menos expressamente, como entidade familiar a união homoafetiva ou homossexual.

O relacionamento deve ser estável, portanto não-eventual, logo, não sendo considerados aqui os meros relacionamentos sexuais casuais ou aventuras amorosas. Quanto à durabilidade, tanto a lei 9278/96 quanto o CC/2002 não dispõe sobre um tempo mínimo para a configuração da união estável, deixando esta análise a cargo do magistrado no caso concreto. Para Rodrigo da Cunha Pereira “Na verdade, o que interessa sobre o tempo *in casu* é que ele caracterize a estabilidade da relação. Isto pode se definir com dois anos, por exemplo, ou mesmo não acontecer nem com dez anos de relacionamento”.<sup>5</sup>

Para Teresa Arruda Alvim Pinto é mais abrangente o conceito de união estável, pois considera não ser necessária sequer a separação dos cônjuges anteriores para a sua constituição:

Para que se caracterize uma união estável, é necessário que o homem e a mulher sejam reciprocamente fiéis, que tenham e vivam numa comunhão de interesses, por um tempo razoável, que a relação seja notória, que faça as vezes, social, afetiva e psicologicamente de um casamento, que tenham os ‘unidos’, *animus* de vida matrimonial. Não é necessário que residam sob o mesmo teto, nem que estejam separados ou divorciados dos cônjuges anteriores.<sup>6</sup>

Para o Mestre Jorge Shiguemitsu Fujita união estável é:

A união sem casamento válido, entre pessoas de sexo diferente, mediante convivência contínua, duradoura e pública, sem a existência de impedimentos matrimoniais ou de outra ligação concubinária, vivendo ambas como se fossem casadas e com o objetivo de constituírem uma sociedade familiar.<sup>7</sup>

Parece na verdade que o elemento caracterizador mais importante é, de fato, a intenção do casal de constituir uma família.

## 2.2 Breve Histórico da União Estável.

---

<sup>5</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União estável**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 33.

<sup>6</sup> PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Processuais do Direito de Família**. Revista de Processo. São Paulo: Revista de Processo, v. 72, ano 18. out./dez. 1993, p. 259.

<sup>7</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de Direito Civil** : Direito de Família, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2003. p.223, *apud* BERTOLINI, Wagner. **A União Estável e seu Efeitos Patrimoniais**. 1ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 17.

As sociedades mais antigas precisavam crescer rapidamente em um período em que quantidade significava força, capacidade de dominar e manter os seus domínios. Essa necessidade de aumentar o número de indivíduos rapidamente era causa da tolerância à promiscuidade.

Bertolini nos ensina:

Com a implementação da produção agrícola, criação de rebanhos, fabricação de armas, e outras atividades de subsistência, foi proporcionado o acúmulo de riqueza, tanto individual como nos grupos que formavam, os clãs, que evoluíram para organizações sociais, dando início ao casamento como forma de instituição de famílias. Esses casamentos adotavam formas variadas: a exogomia, no qual era vedado o casamento entre pessoas que compunham o mesmo grupo social; a endogomia, que, ao contrário da exogomia, somente permitia o casamento entre pessoas pertencentes ao mesmo grupo social, assim, garantiam não só a permanência da riqueza dentro do grupo, como também preservavam as tradições e costumes daquele grupo.<sup>8</sup>

Em Roma eram diversas as modalidades de família:

Em primeiro plano, as *justae nuptiae*, o casamento dos cidadãos romanos, pelo *jus civile*, tendo como pressuposto o direito ao casamento (*connubium*), e que se fundava, basicamente, no permanente consentimento dos esposos (*consensus*). Foi este, sem dúvida, o alicerce da família e da sociedade romanas. Havia também o casamento entre romanos e peregrinos, e destes entre si, que se considerava *injustum*, ou seja, não regulado pelo *jus civile*, mas pelo direito nacional dos estrangeiros ou pelas regras do *jus gentium*. A união de fato de que participasse escravo (*contubernium*) não surtia efeitos jurídicos. Somente sob Justiniano veio a reconhecer-se o efeito do parentesco originado dessas uniões, a *cognatio servilis*. Por fim, existia o concubinato, que revestia a forma de união estável de homem e mulher solteiros e livres, como se casados fossem, mas sem a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*. E que não se considerava atentatório à moral, nem era proibido.<sup>9</sup>

Por muitos séculos a existência de concubinas foi aceita sendo inclusive motivo de vergonha e sinônimo de falta de virilidade ou poder para um homem ter apenas uma mulher.

“Antes dos imperadores cristãos, era ele (o concubinato) encarado com naturalidade pela sociedade romana. No aspecto jurídico, jamais foi objeto de proibição, ao contrário do adultério, com o qual não se confundia e que foi tipificado como crime (...)”.<sup>10</sup>

O doutor Lourival Cavalcanti leciona:

A tendência a reprimi-lo, ainda que indiretamente, inicia-se sob a influência do cristianismo. Quanto aos romanos, povo de índole reconhecidamente

<sup>8</sup> BERTOLINI, Wagner. Op. cit. p. 7.

<sup>9</sup> CAVALCANTI, Lourival Silva. **União Estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação**. São Paulo: editora Saraiva, 2003. p. 80.

<sup>10</sup> CHIAZZESE, Lauro. *Adulterio – diritto romano, in Novissimo Digesto Italiano*. V. 1. p. 322 *apud* CAVALCANTI, Lourival Silva. Op. cit. p. 84.

prática, em verdade sempre o aceitaram, reservando no entanto para o matrimônio legítimo, ao qual apenas tinham acesso os cidadãos romanos, os direitos civis na sua plenitude. (...) O concubinato, tido como fato natural até então, com o advento do cristianismo passa a ser considerado imoral em Roma. (...) o imperador Constantino aplica-lhe sanções, como forma de coagir os concubinos a contraírem o matrimônio. Justiniano, para restringi-lo, proíbe a um homem que tivesse mais de uma concubina e nenhuma se casado.<sup>11</sup>

“A Igreja Católica a princípio se opôs ao concubinato de modo leniente, tolerando-o como um casamento nos moldes do Direito Natural”.<sup>12</sup> “Acontece que (...) surgiram uniões concubinárias até no interior dos conventos (...) Os próprios reis cristãos desse período adotaram um tipo de concubinato corrompido, impedindo represália a essas uniões. Carlos Magno mantinha quatro esposas e seis concubinas (...)”.<sup>13</sup> A partir de então, o concubinato passou a ser combatido pelo direito canônico.

“Na Idade Média, a dominação e a influência da Igreja Católica passaram a ser intensas. O Cristianismo combateu ferrenhamente o concubinato, (...) reconhecendo somente o casamento religioso como forma de união entre homem e mulher.”<sup>14</sup>

Na Idade Contemporânea, a partir de julgados franceses em 1872 e 1883 a proteção à concubina superou o mero caráter econômico. Isso culminou, em 16 de novembro de 1912, com o advento da primeira lei francesa sobre o assunto. A jurisprudência já sedimentada nos tribunais foi recepcionada pelo legislativo. Portanto, a França é a pátria do direito concubinário. Sua importância histórica influenciou todo o direito ocidental, especialmente o brasileiro.<sup>15</sup>

### 2.3 A União Estável no Brasil.

A história brasileira pós-descobrimento nos ensina que casamento era instituto basicamente das classes mais abastadas, todavia pouco difundido entre os mais pobres que apenas conviviam com suas parceiras.

Patrícia Fontanella leciona que:

<sup>11</sup> CAVALCANTI, Lourival Silva. Op. cit. p. 84

<sup>12</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. P. 24 *apud* CAVALCANTI, Lourival Silva. Op. cit. p. 85.

<sup>13</sup> DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. P. 41- 42.

<sup>14</sup> FONTANELLA, Patrícia. **União Estável e Eficácia Temporal das Leis Regulamentadoras**. 2ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006. p. 28.

<sup>15</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit. p. 15 - 16.

Em meados do século XVI a união estável era a forma mais comum de relacionamentos existentes no Brasil Colônia. As normas impostas pelo país colonizador – Portugal - cujo direito até então provinha principalmente do direito canônico, acabou por desrespeitar os costumes e tradições dos que aqui viviam, posto que a Igreja detinha, isoladamente, o poder de decidir acerca das questões matrimoniais. Portugal, desejando fazer valer novamente suas normas sobre as orientações traçadas pela Igreja, compilou as ordenações Filipinas, fazendo em seu texto menção à união de duas pessoas de sexo diferentes vivendo em fama de marido e mulher, com mesa e leito comuns, por tais havidos por toda a vizinhança. Prevendo assim os possíveis resultados dessas uniões, pode-se afirmar que no Brasil o concubinato era tolerado e aceito como uma forma de união.<sup>16</sup>

“As Constituições (...) de 1934, 1937, 1946, e 1967, esta com emenda de 1969, dispunham que a família era constituída pelo casamento com vínculo indissolúvel e, assim, merecendo a proteção do Estado.”<sup>17</sup>

Maria Berenice Dias Leciona que:

O Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E foi além. Restou por puni-las, vedando doações, a instituição de seguro e a possibilidade de a concubina ser beneficiada por testamento (grifo da autora).<sup>18</sup>

Em nosso país a união estável foi incentivada historicamente pela indissolubilidade do casamento. Apenas em 1977, com a lei do divórcio, se permitiu o desenlace matrimonial e o novo casamento. Até então, restava aos separados de fato unirem-se a outras pessoas por relações concubinárias.

“No Brasil, como em todos os países do mundo, o concubinato nunca foi tipificado como crime. Nossos textos legais não o regulavam, mas, também, não o proibiam.”<sup>19</sup> Na década de 60 “as soluções encontradas regravam tão-só os efeitos patrimoniais do relacionamento, na tentativa de coibir aberrantes injustiças. Em um primeiro momento, nas situações em que a mulher não exercia atividade remunerada, (...) os tribunais concediam alimentos de forma ‘camuflada’”.<sup>20</sup> Estes alimentos eram concedidos como indenização por serviços domésticos, reconhecendo, ainda que por meio impróprio, que o trabalho doméstico também gera ganhos patrimoniais.

<sup>16</sup> FONTANELLA, Patrícia. Op. cit. p. 32.

<sup>17</sup> Ibid. p. 9.

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 144.

<sup>19</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União estável**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.16.

<sup>20</sup> Ibid. p. 274, *apud* DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 144.



Em 1964, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a súmula 380 prescrevendo que, se comprovada a sociedade de fato entre os concubinos, é possível a sua dissolução judicial com a partilha dos bens adquiridos por esforço comum.

Dessa forma, restava às concubinas ação indenizatória baseada na teoria da sociedade de fato.

Antes desta súmula era muito corriqueira e conhecida a situação das mulheres que, depois de uma vida inteira de convivência, auxiliando o homem com os afazeres domésticos e por vezes até economicamente, não tinham mais condições dignas de viver após a morte de seu companheiro. Isso ocorria já que na grande maioria das vezes os bens eram registrados unicamente no nome do homem.

O casamento manteve sua indissolubilidade até o advento da lei n. 6515/1977, a lei do divórcio. O desquite, atualmente separação judicial, não permitia a constituição de novo matrimônio. Exatamente por essa natureza indissolúvel do matrimônio, não restava alternativa àqueles que queriam constituir nova relação, a não ser viver à margem da lei, sob o estigma do concubinato.

Apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que se estendeu o rol das entidades familiares, passando a considerar como tal, além da família tradicional, a união estável e a família monoparental, ou seja, aquela formada por um dos pais e sua prole. Pela primeira vez se ouviu falar em uma legislação do termo união estável que veio com o objetivo de se substituir o já tão estigmatizado concubinato, assim como um dia se substituiu o nome da doença lepra por hanseníase. Buscou aqui o legislador o efeito psicológico, a diminuição do preconceito social quanto a esta forma, agora, de entidade familiar.

Pouco mudou após o advento da CF/88 já que a jurisprudência alegava que o parágrafo terceiro do artigo 226 da nova Constituição não era auto-aplicável. Para tentar regulamentar este parágrafo, que constitucionaliza a união estável, e na tentativa de possibilitar a sua aplicação foram promulgadas as leis 8971/94 e 9278/96 que instituíram direitos sucessórios e de alimentos ao companheiro sobrevivente.

Mais recentemente, o Código Civil de 2002 disciplinou os aspectos pessoais e patrimoniais da união estável do art. 1723 ao 1726, além de fazer referência à união estável em diversos outros artigos que ainda serão melhor analisados.

### 3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A UNIÃO ESTÁVEL

A legislação e a jurisprudência brasileiras sobre o concubinato e a união estável sofreram diversas transformações, quase sempre rodeadas por polêmicas e divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Dentre as criações legislativas e jurisprudenciais de maior relevância podemos citar: as súmulas 380 e 382 do STF, a Constituição Federal de 1988, as leis 8971/94 e 9278/96 e o Código Civil de 2002.

#### 3.1 Os Primórdios do Direito Concubinário no Brasil até o advento da Constituição Republicana

O concubinato é tão antigo quanto a humanidade, apesar disso, o Código Civil de 1916 (CC/1916), reconhecendo sua existência, se absteve de conceder qualquer direito a esta realidade social. E quando a reconheceu o fez com o objetivo de proteger a chamada família legítima, ou seja, a família formada pelo casamento de um homem com uma mulher.

Exemplos desta proteção, que só subtraíam direitos do concubinato, estão nos artigos 1177, 1474 e 1719 do Código Civil revogado. No art. 1177 o CC/1916 determinou a anulabilidade da doação do cônjuge adúltero ao seu “cúmplice”, que poderia ser demandada pelo cônjuge traído ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal. Cabe salientar que há dispositivo correspondente no artigo 550 do CC/2002”. O art. 1474 proibiu que o companheiro adúltero elencasse seu “cúmplice” como beneficiário de seu seguro. Também no art. 1719, III do diploma legal supramencionado foi vedado o legado à concubina do testador casado.

Maria Berenice Dias entende que estes dispositivos restaram por punir os concubinos.<sup>21</sup> Realmente estes dispositivos limitavam em muito a liberalidade privada, mas não parece que o objetivo do legislador tenha sido o de punir o concubinato adúlterino, mas sim o de proteger o patrimônio da família “legítima”.

O CC/1916 foi omissivo ao não regulamentar os relacionamentos fora do matrimônio, mas não o foi no que diz respeito aos filhos produtos dessas uniões quando, no art. 363, inciso I, permitiu que os filhos ilegítimos tivessem ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação se ao tempo da concepção a mãe estivesse concubinada com o pretense pai. De acordo com o vocabulário jurídico De Plácido e Silva

---

<sup>21</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 144.

“filiação ilegítima é a que decorre do nascimento de pessoa concebida por pais que não se encontram em casamento legal.”<sup>22</sup>

Também o fez em relação aos alimentos quando determinou em seu art. 405: “a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, somente para o efeito de prestação de alimento.” Filiação espúria é a “denominação genérica dada às filiações adúlterina e incestuosa.”<sup>23</sup>

No que concerne à sucessão, equiparou aos filhos legítimos os ilegítimos, desde que legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos (CC/1916, art. 1605, caput).

A crítica feita ao Código Civil anterior consiste em o mesmo não ter concedido a estes relacionamentos qualquer direito. O concubinato foi esquecido pelo legislador, que só lembrou de sua existência quando o foi necessário para resguardar a já tão protegida família matrimonial. O legislador do início do século passado foi hipócrita e retrógrado, num país com tão elevado índice de relacionamentos concubinários existentes desde as classes mais pobres até as mais abastadas.

Em relação aos filhos concebidos fora do casamento, ao menos, teve a grandeza de plantar as sementes da, hoje tão elogiada, igualdade entre os filhos.

“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.”<sup>24</sup> A jurisprudência passou então, como forma de corrigir injustiças graves, a pautar suas decisões sobre o direito convivencial no direito das obrigações, nos termos do art. 1363 do CC/1916, admitindo a existência de uma sociedade de fato, desde que houvesse a contribuição de ambos para a aquisição do patrimônio.

Na vigência do Código Civil de 1916 dois decretos amenizaram essa discrepância de direitos entre os cônjuges e os concubinos. O decreto 3.724/1919, que dispunha sobre acidente de trabalho, assegurou indenização a todas as pessoas que viviam às expensas do falecido. Com o decreto 20.465/1931, substituíram-se as expressões viúva e esposa por mulher, dessa forma firmou-se o entendimento de que a concubina poderia também ser beneficiária da Previdência Social.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 24 ed. Atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2004. p. 618.

<sup>23</sup> Loc. cit.

<sup>24</sup> Loc. cit.

<sup>25</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União estável**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.93-94.

Rodrigo da Cunha Pereira relata que:

Somente mais tarde, em 26 de agosto de 1960, surge a Lei Orgânica da Previdência Social, que recebeu o n. 3.087. Depois os Decretos-leis n. 66 e 72, de 21 de novembro de 1966, e a Lei n. 5.890, de 08 de junho de 1973, que alteraram dispositivos da Lei de Previdência e unificaram os institutos de aposentadoria e pensões, criando o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Foi esta última lei que, rompendo preconceitos, adotou o prazo de 5 anos para que a “companheira”, em comunhão de vida e habitação, se tornasse beneficiária da Previdência Social. Ela foi posteriormente regulamentada pelo Decreto n. 72.771, em 06 de setembro de 1973.<sup>26</sup>

O parágrafo 3º do art. 5º da lei 4.069/62 dispôs: “o servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, desquitado ou viúvo, poderá destinar a 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.” Já o parágrafo 4º do mesmo diploma legal, determinou: “se o servidor tiver filhos, somente poderá destinar à referida beneficiária metade da pensão”.

Contudo, apenas em 1964 os concubinos obtiveram um incipiente resguardo do Supremo Tribunal Federal (STF) ao seu patrimônio, quando este editou a súmula 380, consolidando jurisprudência esparsa sobre a divisão do patrimônio adquirido durante a convivência: “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.”

Com esta súmula o STF ainda não tratava do concubinato no âmbito do Direito de Família, mas o enquadrava no campo do direito das obrigações ao dispensar tratamento análogo ao das sociedades de fato. Não se pronunciando sobre alimentos e sucessão, nada mais fez do que garantir aos concubinos o direito à partilha do patrimônio construído ao longo da vivência comum. O STF se adequava, desta forma, ao conservadorismo do legislador e evitava assim intrometer-se na competência do Legislativo.

Essa partilha dependia da comprovação, em processo judicial, do esforço comum na formação do patrimônio. Então teria o juiz a árdua tarefa de avaliar em que proporção cada companheiro teria contribuído para a formação de determinado patrimônio. Caso não fosse possível provar a cooperação da concubina, lhe restaria então o desatino de requerer em juízo indenização por serviços prestados.

Segundo Antônio Cezar Peluso, pelo teor da súmula 380, a possibilidade de partilhar bens:

---

<sup>26</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit. p. 94.

(...) só poderia verificar-se em três hipóteses fechadas: ou significativa participação pecuniária da companheira e, portanto, uma participação em termos de capital; ou significativa participação de trabalho e, portanto, uma participação em termos de indústria; ou a participação mista, a dar-se em termos de uma associação entre capital e trabalho.<sup>27</sup>

Dada a dificuldade de se calcular esta partilha, a maioria das decisões passou a ser “no sentido de estabelecer uma meação, à semelhança de um casamento pelo regime de comunhão parcial de bens.”.<sup>28</sup>

Para Mário Aguiar Moura não conceder alimentos à concubina era “injustiça em que fica a mulher que dedica seus melhores anos na companhia *more uxório* de um homem para depois, sem justo motivo, ser abandonada na rua da amargura, quando não haja patrimônio formado durante a união”.<sup>29</sup> É aí que reside a maior injustiça, quando não há patrimônio formado durante a união para se dividir, nesse caso a súmula 380 torna-se ineficaz, já que esta nada falou sobre direito de suceder.

A súmula 382 do STF foi editada com a seguinte redação: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”.

Como dito anteriormente o que realmente é indispensável para a caracterização da união estável é a intenção, o ânimo do casal em viver como se casados fossem. A vida em comum pode servir de indício da união estável, mas não de elemento caracterizador indispensável. Até mesmo no casamento vislumbramos situações ensejadoras da descontinuidade da coabitação, como viagens a trabalho ou por motivo de doença.

No ano de 1977, a lei 6515 (Lei do Divórcio) permitiu o reconhecimento do filho adulterino na constância do casamento, desde que fosse feito em testamento cerrado.

Por fim, em mais um reconhecimento aos direitos da filiação, a súmula 447 do STF determinou: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.”.

### 3.2 A Constituição da República de 1988

A legislação brasileira reconhecia unicamente a família matrimonializada. A Constituição da República de 1988 veio a modificar essa realidade com o reconhecimento de mais duas modalidades de entidade familiar. No parágrafo 3º do seu artigo 226, reconheceu a

<sup>27</sup> PELUSO, Antônio Cezar. **A nova leitura da súmula 380**. Revista do Advogado, n.41, set./93, p. 28-39.

<sup>28</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit. p. 64.

<sup>29</sup> MOURA, Mário Aguiar. *Concubinato*, 6 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1985. p.237-239.

união estável entre o homem e a mulher e no parágrafo quarto do mesmo artigo reconheceu a família monoparental, esta última formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A Constituição preceituou:

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

(...)

§ 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.

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

Apesar da Constituição da República ter determinado que a lei facilitasse a conversão da união estável em casamento, pouco foi feito nesse sentido. A lei 8.971/94 não tratou da conversão. A lei 9.278/96, em seu art. 8º dispôs: “Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”.

Por esta redação fica claro que a lei nada fez que basicamente repetir o que a Constituição já preceituava. O legislador não procedeu como determinado pela Carta Magna. E para fazê-lo deveria ter elaborado lei própria determinando os procedimentos de tal conversão.

Maria Berenice Dias relata que:

A especial proteção constitucional conferida à união estável de nada ou de muito pouco serviu, pois restou sem reflexos na **jurisprudência**. Apesar de a doutrina de maior expressão ter visto o surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata, não se podendo mais falar em sociedade de fato, o mesmo não aconteceu com os tribunais. A relação concubinária, com a denominação legal de união estável, permaneceu sendo tratada no âmbito do **direito das obrigações**. Nenhum avanço houve na concessão de direitos, além do que já vinha sendo deferido. A súmula 380 continuou a ser invocada. As demandas permaneceram nas **varas cíveis**, não sendo redistribuídas às varas de família. Nada foi alterado como se não tivesse existido a transformação do que antes era considerado um fato espúrio em uma relação jurídica. Também em matéria sucessória não houve nenhuma evolução. Persistiu a vedação de conceder herança ao companheiro sobrevivente e a negativa de assegurar direito real de habitação ou usufruto de parte dos bens. Tímidas as mudanças ocorridas e as raras exceções foram decisões isoladas (grifos da autora).<sup>30</sup>

Para Maria Berenice Dias o fato da Constituição “mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e por último a família monoparental não significa qualquer preferência

<sup>30</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 145 - 146.

nem revela escala de prioridade entre elas.”<sup>31</sup> Bem, em verdade esta questão não é pacífica. Entretanto, parece sim mais acertado, de acordo com uma interpretação sistemática da Constituição, o entendimento da Desembargadora Maria Berenice.

Com a discussão inicial sobre a aplicabilidade e profundidade da norma do parágrafo 3º do artigo 226 formaram-se três correntes:

Uma primeira, liderada por Carlos Alberto Bittar, firmou-se no entendimento de que a Constituição não estabeleceu deveres entre os companheiros dos quais resultassem direitos, limitando-se a impor ao legislador a incumbência de formular os requisitos para a conversão da união estável em casamento. Numa segunda linha, postaram-se aqueles que viram no dispositivo o acolhimento incondicional da união estável, que, por ser assim, deveria ver-se albergada sob o Direito de Família para todos os efeitos, praticamente devendo-se-lhe aplicar desde logo, por analogia, as regras vigentes para o casamento. Teve esta como seu principal defensor Carlos Alberto Menezes Direito. Na terceira, majoritária, enfileiraram-se os que viram na disposição constitucional norma programática, dependente assim de lei ordinária para tornar-se plenamente eficaz. Entendeu esta corrente, todavia, que o reconhecimento da união estável como entidade familiar, trazendo como consequência sua inclusão no Direito de Família, autorizaria a lei ordinária a estabelecer deveres e direitos, à feição da sociedade conjugal, entre os companheiros.<sup>32</sup>

Esta última corrente prevaleceu. Acontece que parte da doutrina entende não ter havido equiparação da união estável ao casamento. Assim entende Maria Helena Diniz: “A união estável foi reconhecida, para fins de proteção especial do Estado, como *entidade familiar* (...) sem equipará-la ao casamento (grifo da autora).”<sup>33</sup>

Já Maria Berenice Dias entende de forma diferente: “ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo ambas merecedoras da mesma proteção.”<sup>34</sup> Para a autora, a CF/88 equiparou os institutos levando em consideração o que realmente importa que é a afetividade do relacionamento<sup>35</sup>.

Em uma visão mais radical e conservadora, Lourival Cavalcanti entende que a Constituição de 1988 apenas conferiu proteção do Estado à união estável, deixando de conferir, entretanto, efeito civil. E o autor conceitua efeito civil como “o conjunto de consequências jurídicas de ordem pessoal e patrimonial que decorre do casamento realizada sob a regência do Direito Civil.”<sup>36</sup> Logo, para o novel autor, a proteção da união estável

<sup>31</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 146.

<sup>32</sup> CAVALCANTI, Lourival Silva. Op. cit. p. 20-21.

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 377.

<sup>34</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 146.

<sup>35</sup> Loc cit.

<sup>36</sup> CAVALCANTI, Lourival Silva. Op. cit. p. 67.

consiste no seu reconhecimento como base da sociedade, o que, por si só, não lhe concede direitos sucessórios ou patrimoniais em geral.

### 3.3 A lei 8971 de 1994

A corrente prevalecente foi a de que a Constituição da República dependeria de lei ordinária regulamentadora. Em 29 de dezembro de 1994 foi promulgada a lei 8.971, diante de muitas críticas tanto da doutrina mais conservadora, que era contra a equiparação, quanto da mais progressista, que era a favor. Estes últimos condenavam o conservadorismo do legislador que parecia encarar a união estável como uma entidade familiar de segunda categoria. Para os primeiros sequer deveria haver equiparação de direitos.

O artigo primeiro concedeu direito a alimentos às pessoas cujos companheiros sejam solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, desde que a convivência perdure por no mínimo cinco anos. Ainda segundo o artigo primeiro, ficam dispensados os cinco anos de convivência se houver prole comum. Os alimentos são concedidos nos mesmos termos do casamento civil, ou seja, nos termos da lei 5.478/68.

O artigo segundo dispôs sobre Direito Sucessório. De fato, no inciso I, o legislador nada mais fez que instituir o usufruto vidual já que apenas determinou que: “o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos deste ou comum”. Ou seja, no caso de haver filho vivo do companheiro falecido, ou filho comum aos companheiros, o convivente supérstite terá direito, apenas enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do falecido.

A interpretação mais adequada quando o legislador fala em nova união parece ser a de que esta união deva ser estável e nunca meramente casual. Logo, parece acertado o entendimento de que um simples namoro não retira do companheiro sobrevivente o direito ao usufruto vidual. Deve, todavia, o magistrado ficar atento a possíveis tentativas de burla à legislação, ao se classificar uma união como estável quando na verdade é casual e vice-versa.

Este inciso primeiro tão somente concedeu ao companheiro supérstite o direito do usufruto em vida de quarta parte dos bens do companheiro falecido, nada discorrendo sobre sucessão. Por isso, fica óbvio se compreender que esta quarta parte, com a morte do companheiro que sobreviveu, não sucederá aos seus herdeiros, mas sim aos herdeiros do companheiro que primeiro morreu, a quem, em vida, pertencia.



Já o segundo inciso dispôs assim: “o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cuius*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes.” Ou seja, não havendo filhos, mas havendo ascendentes, a quota do usufruto aumenta para metade. Mais uma vez a lei prescreveu o usufruto vidual.

Finalmente e apenas no inciso terceiro do artigo segundo que ficou legislada a sucessão do companheiro supérstite que só ocorreria “na falta de descendentes e de ascendentes” e, neste caso, e somente nele, “o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.”

Este dispositivo pôs fim à absurda situação do companheiro que era preterido até mesmo pelo erário público após anos de dedicação e afeto ao companheiro morto. A partir de então, o companheiro passou a integrar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.

Aparece então o questionamento: o que ocorreria se no momento da morte a união estável estivesse dissolvida? Deveria o companheiro herdar, ou a herança ficaria com o Estado?

Para solucionar este questionamento é necessário saber que o Código Civil de 1916 determinava em seu artigo de número 1611, que: “à falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal”. Logo, a sucessão só seria permitida se a sociedade conjugal entre o cônjuge falecido e o supérstite não tivesse sido dissolvida. A Lei de Divórcio, já vigente à época, entende como dissolvido o casamento com a separação judicial.

Bem, parece mesmo que, com a dissolução da união estável não poderia o companheiro sobrevivente herdar, sob pena de se conceder tratamento mais vantajoso para a união estável, em detrimento do casamento.

Todavia, torna-se dificultosa a prova da separação do casal na união estável, o que, em regra, salvo no caso da separação de fato por mais de dois anos, não ocorre no casamento já que a dissolução deste é homologada judicialmente.

Outro questionamento consistia na qualificação do companheiro como herdeiro. O entendimento firmado à época era o de que os conviventes eram herdeiros legítimos, mas não necessários, como assevera Rodrigo da Cunha Pereira:

Embora o referido art. 2º não o dissesse expressamente, podíamos entender, por analogia ao art. 1603 do CCB/1916, que os companheiros-herdeiros não se enquadravam na categoria de herdeiros necessários. Portanto, a nova classe de sucessores aí criada está na ordem de vocação hereditária como legítimos, mas não necessários. Assim sendo, poderão, por ato de última

vontade, estar excluídos da herança sem necessidade de se cogitar sobre indignidade.<sup>37</sup>

Dispôs o art. 3º da lei n. 8.971/94: “Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.”

Este artigo teve o mérito de transpor para a lei a súmula 380 do STF, com o avanço de determinar de vez o que os Tribunais já vinham entendendo<sup>38</sup>, ou seja, pela meação e não pela investigação do quantum contribuído. Agora não teriam mais os Tribunais que basear suas decisões na Teoria Das Sociedades de Fato, diversamente, o fariam com base no Direito de Família.

### 3.4 A Lei 9278 de 1996

Em 13 de maio de 1996 entrou em vigor a lei 9.278/96 e em seu art. 1º, reconheceu como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituir família. Não estabeleceu tempo mínimo para a configuração da união estável diversamente da lei anterior que o havia estipulado em mais de 5 anos.

Questão polêmica à época sobre o art. 1º se formou. Quais seriam os sujeitos da união estável?

Ao contrário da lei anterior que os determinava em rol taxativo – solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados – a nova lei não fez tal prescrição, abrindo margem até para o entendimento de que os casados poderiam integrar uma união estável. Sobre esta polêmica, Rodrigo da Cunha Pereira nos ensina que:

Entretanto, quando essa lei apropria-se de conceitos como *entidade familiar* e *união estável*, está se referindo ao conceito de família. Como tal, em nosso ordenamento jurídico só se concebe a família constituída monogamicamente. Repelidas, portanto, as uniões adulterinas e incestuosas, que não recebem do Estado o selo de legítimas. Para manter a coerência e a ordem jurídica, os sujeitos da união estável devem ser desimpedidos e se estabelecer monogamicamente. Caso contrário, estar-se-ia admitindo a poligamia em nosso ordenamento jurídico (grifos do autor).<sup>39</sup>

O art. 2º da lei n. 9.278/96 seguiu os moldes do art. 231 do Código Civil de 1916, com algumas modificações. Ambos os dispositivos almejavam estabelecer os direitos-deveres do

<sup>37</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit. p. 108.

<sup>38</sup> Importante ressaltar que este entendimento dos Tribunais se dava muitos mais para facilitar e diminuir o seu trabalho do que pela preocupação em adotar um entendimento mais progressista.

<sup>39</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit. p. 112.

casal. O primeiro, em relação aos conviventes, o segundo, em relação aos cônjuges. A nova lei apenas substituiu o termo fidelidade por respeito e consideração mútuos. Também o fez de mútua assistência para assistência moral e material recíproca. E nada falou sobre a vida em domicílio comum.

Para Rodrigo da Cunha Pereira:

O art. 2º foi uma infeliz tentativa de equiparação das uniões estáveis ao casamento. Quase uma cópia do art. 231 do Código Civil brasileiro de 1916 (...). Infeliz, pois tenta estabelecer regras para tais relações como se fossem um casamento, ou seja, tenta impor regras do casamento para quem não o escolheu, ou exatamente quis fugir dele. O que se nota, portanto, é uma tentativa de matrimonializar as relações estáveis.<sup>40</sup>

O art. 5º dispôs sobre a propriedade dos bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável, a título oneroso, ou seja, excluiu daí os bens adquiridos a título gratuito, como, por exemplo, uma doação para um dos companheiros. Determinou que, respeitados estes requisitos, esses bens “são considerados fruto do trabalho e colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em escrito.”

Acabou com qualquer dúvida sobre a meação dos bens, adquiridos a título oneroso durante a união estável, quando da extinção da relação. Entretanto, possibilitou a estipulação contrária em escrito.

No parágrafo primeiro, dispôs que não deve haver presunção de formação do patrimônio fruto do trabalho e colaboração comum, mesmo que havido na constância da união, caso este provenha do produto de bens adquiridos anteriormente a ela.

No § 2º dispôs: “A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.” Aí novamente o legislador possibilitou a estipulação em contrato escrito.

O artigo 7º caput da referida lei estabeleceu que “dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.”

Fica claro que o alimento não deve ser prestado pelo companheiro do sexo masculino ao do sexo feminino, mas sim pelo que tem condições ao que dele precisa. Para Rodrigo da Cunha Pereira, quando legislador utiliza a expressão “dissolvida por rescisão”, “embora não acrescente muito, parece tê-la usado para distinguir das dissoluções ocorridas pela morte de um dos conviventes.”<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Loc. cit.

<sup>41</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit. p. 88.

O parágrafo único do art. 7º prescreveu que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação. Enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.” Finalmente o companheiro pode contar com o direito real de habitação.

O art. 8º estipulou que “os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.”.

Novamente o Poder Constituinte Derivado deixou de facilitar a conversão da união estável em casamento como lhe havia determinado o Poder Constituinte Originário, já que perdeu mais uma chance de regulamentar esta conversão.

Quando a Constituição da República elencou dentre as entidades familiares a união estável entre um homem e uma mulher, parece claro o desejo da Carta Magna de que as causas envolvendo estas entidades familiares fossem ajuizadas perante as Varas de Família. Contudo, o Judiciário entendeu diversamente, e numa atitude discriminatória e atentatória à Constituição continuou a decidir estas demandas nas Varas Cíveis. Para acabar com mais uma polêmica, o art. 9º da lei 9278 esclareceu que “toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.”.

### **3.5 A união estável no código civil de 2002**

O Código Civil de 2002 (CC/2002), ao contrário do anterior, como não poderia deixar de fazer, reconheceu, ainda que de forma acanhada, alguns direitos aos companheiros, até mesmo criando título específico para a união estável. Fica óbvia, entretanto, a discriminação do legislador quando verificamos os oitenta artigos do subtítulo do casamento contra somente cinco do título da união estável.

Questão histórica que devemos considerar para explicar esta situação, mas que não a justifica, é que o projeto do Código promulgado em 2002 foi elaborado e enviado ao Congresso Nacional na década de setenta e sancionado com centenas de emendas quase três décadas depois.

Se lembrarmos bem, o conceito de união estável não existia, já que o mesmo apareceu inicialmente em 1988 com a Constituição Garantista e foi aprimorado com as leis regulamentadoras de 1994 e 1996. Logo, coube à Câmara dos Deputados e ao Senado, através de emendas, tratar da questão da união estável.

Iniciou, no art. 1595, reconhecendo, nos mesmos moldes do casamento, o vínculo de afinidade. Inclusive estipulando que, como no casamento, a afinidade em linha reta não se extingue com a dissolução da união estável. A adoção pelos companheiros foi autorizada no parágrafo único do art. 1618 e no caput do art.1622. No art. 1631 reconheceu o poder familiar dos companheiros e no art. 1632 previu que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”.

O art. 1694 possibilitou aos parentes, cônjuges e conviventes pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Sobre o tema nos ensina o professor e autor Nehemias Domingos de Melo:

A fixação da prestação alimentar obedecerá a alguns critérios e, dentre estes: necessidade do alimentado; possibilidade econômica do alimentante e proporcionalidade entre as necessidades de quem pede e as possibilidades de quem tem o dever de prestar alimentos. Há de outro lado a questão da reciprocidade já que, a obrigação alimentar existe entre os parentes, entre os cônjuges e os companheiros e, em sendo assim, aquele que necessitar poderá reclamar do outro, os alimentos que vier a necessitar. Quanto aos companheiros ou aos cônjuges, tais direitos não se fixam a partir do *jus sanguinis*, mas sim em razão do parentesco, como decorrência natural do dever de assistência material recíproca. Desta forma, os conviventes devem alimentos uns aos outros, por força do dever familiar.<sup>42</sup>

O § 2º do referido artigo estabeleceu que: “Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.” A culpa aqui mencionada diz respeito àquele que, por conduta culposa encontra-se em necessidade. É o caso daquele que não procura emprego mesmo em condições de trabalhar. A questão da culpa será analisada mais a frente.

No artigo 1711 foi deferida à entidade familiar a possibilidade de instituir bem de família mediante escritura pública. Já no art. 1775 admitiu-se que o companheiro, não separado judicialmente ou de fato, seja curador do outro quando interdito.

Para Maria Berenice Dias “o Código Civil limitou-se a reproduzir a legislação que existia”<sup>43</sup> ao reconhecer em seu art. 1723 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. Os parágrafos 1º e 2º delimitam as causas

---

<sup>42</sup>MELO, Nehemias Domingos de. União Estável – conceito, alimentos e dissolução. **Direitonet**. Disponível em: <[http://www.direitonet.com.br/textos/x/13/37/1337/DN\\_uniao\\_estavel\\_conceito\\_alimentos\\_e\\_dissolucao.doc](http://www.direitonet.com.br/textos/x/13/37/1337/DN_uniao_estavel_conceito_alimentos_e_dissolucao.doc)> .

<sup>43</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 148

impeditivas e suspensivas à constituição da união estável, assunto este que já foi examinado quando do estudo do conceito de união estável. No art. 1724 prescreveu que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.” Com este artigo o CC/2002 nada mais fez que reproduzir o art. 2º da lei 9278/96.

No art. 1725 prescreveu: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

Como nos ensina Silvio Rodrigues, o regime da comunhão parcial de bens é “aquele que, basicamente, exclui da comunhão os bens que os consortes possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, e que inclui na comunhão os bens adquiridos posteriormente.”<sup>44</sup> No caso da união estável, o conceito é o mesmo, substituindo o casamento como marco e observando o início da constituição da união estável como delimitador.

Quanto à possibilidade de contrato escrito a criar cláusulas que excluam determinados bens da comunhão parcial, nos ensina Maria Helena Diniz que os conviventes “podem convencionar, além de alguns dados de natureza pessoal, que os bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente por eles, durante o relacionamento, não sejam tidos como fruto de colaboração comum (...) não pertencendo a ambos em partes iguais.”<sup>45</sup>

No art. 1726 novamente o legislador infraconstitucional deixou de regulamentar a conversão da união estável em casamento. O art. 1726 do CC/2002 apenas prescreveu a conversão mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. E nada mais disse, dessa forma, não facilitando em nada a conversão de um instituto em outro.

No art. 1727 o legislador deixou clara a diferença entre a união estável e o concubinato ao prescrever que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.” “Por tal razão, uma união dessa natureza deverá ser discutida nas Varas Cíveis, com base na teoria da sociedade de fato.”<sup>46</sup> Ou seja, para o CC/2002, tanto a união estável quanto o concubinato são relacionamentos habituais, no entanto, a união estável é constituída por pessoas livres para casar, salvo as exceções legais já citadas, e o concubinato é relação afetivo-amorosa constituída por pessoas impedidas de casarem.

---

<sup>44</sup> Silvio Rodrigues, *Direito*, cit., p. 195; RJTJSP, 62:291, 75:147; 622:84 *apud* DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 163.

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 367.

<sup>46</sup> FONTANELLA, Patrícia. Op. cit. p. 25.

A sucessão do companheiro foi regulada no art. 1790 do CC/2002. Este tema será melhor analisado mais à frente.

## 4 QUESTÕES CONTROVERTIDAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE UNIÃO ESTÁVEL

Neste capítulo pretende-se discutir algumas questões que foram ou ainda são polêmicas quando se trata da união estável.

### 4.1 Da competência das varas especializadas nas demandas que envolvem a união estável

Durante anos a jurisprudência pátria tratou analogicamente a união estável como mero direito obrigacional. É bem verdade que nossa jurisprudência adotou essa conduta de forma bem intencionada e, apesar de retrógrada, até louvável. Diz-se isso, pois, se assim não fosse, situações de total injustiça ocorreriam.

Algumas dessas situações já foram relatadas anteriormente. Mas a verdade é que, à época, sem nenhuma previsão legislativa, o magistrado entendeu que não poderia por conta própria dispensar tratamento condizente com o Direito de Família, já que a legislação somente o fazia quanto à chamada família legítima.

Pois bem, apesar de entendermos que, ao menos nas situações em que não houvesse relacionamentos incestuosos ou adúlteros, seria sim possível o tratamento analógico entre o casamento e esses relacionamentos estáveis, o magistrado, por motivos razoáveis deixou de fazê-lo.

Todavia, é difícil entender o porquê de, mesmo após o reconhecimento da união estável como entidade familiar, frise-se bem, familiar, pela Constituição Republicana, as demandas sobre união estável continuaram a ser ajuizadas nas Varas Cíveis.

Rodrigo da Cunha Pereira relata a situação curiosa de que “no Brasil, os civilistas sempre trataram o tema concubinato metodologicamente, na parte de Direito de Família. É curioso, e até paradoxal, pois não se admitia o instituto como família”.<sup>47</sup>

E continua o novel autor:

Apesar da clareza da Constituição de 1988, traziam sempre o argumento de que o instituto não foi equiparado ao casamento. Mas a questão não é de equiparação ou igualização de um instituto ao outro, pois isto seria a eliminação ou a negação da existência da união estável. Não se trata disso. O que o texto constitucional veio a dizer, rompendo um preconceito, e que uma corrente demorou a entender, é que, embora não se equipare ao casamento, a união estável é uma espécie do gênero família, assim como o casamento.

---

<sup>47</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit. p. 127.



Obviamente que cada espécie tem sua característica e peculiaridade, e não são mesmo idênticas, embora em muitos pontos se assemelhem.<sup>48</sup>

O nobre autor relata que “Os primeiros tribunais reconheceram que a discussão sobre as questões envolvendo união estável / concubinato deveriam ser nas varas de família foram os do Sul do País, primeiramente o TJRS.”<sup>49</sup> Segue decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posterior à CF/88.

O concubinato é entidade familiar, diz com o estado das pessoas. A matéria pertinente à ‘união estável’, constitucionalmente protegida, é de competência das Varas de Família (5ª CCTJRS, CComp. N. 58907883-1, v. um. Em 17/04/1990, Rel. Des. Lio Cezar Schmitt, RJTJRS 147/294).

Mais curioso ainda é perceber que, mesmo após a lei 8971 conceder direitos alimentares e sucessórios aos companheiros, o que demonstrava a intenção do Poder Legislativo Derivado em conceder direitos típicos, até então, da família matrimonializada, à união estável, alguns Tribunais ainda resistiam à idéia de tratar de tais demandas nas Varas de Família.

Neste caso, nos parece que a atitude preconceituosa destes magistrados e a organização judiciária de alguns estados afrontava diretamente o texto constitucional.

Apenas em maio de 1996, quase 8 anos depois da publicação da Constituição da República, a lei 9.278 pôs fim à controvérsia, ao dispor, em seu art. 9º, que “toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.”

Posteriormente à lei 9278 não havia mais que se falar em matéria relativa à união estável de competência das Varas Cíveis, já que a referida lei tratou expressamente sobre o assunto. Entretanto, uma questão ainda poderia persistir, nas demandas relativas à união estável, quanto aos inventários, arrolamentos e outros feitos pertinentes, deveriam estes ser ajuizados em Varas Cíveis ou nas Varas de órfãos e Sucessões, já que a lei deixara de falar expressamente das mesmas?

Parece que mesmo antes da lei 9278 já se devia ajuizá-las nas Varas de Órfãos e Sucessões, adotando-se aqui a mesma argumentação empregada para defender o seu ajuizamento nas Varas de Família.

Contudo, na tentativa de esgotar e uniformizar o entendimento sobre este tema a Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro publicou o enunciado nº 100 com a redação a seguir: “inventário ou arrolamento e outros feitos a eles pertinentes, oriundos de

---

<sup>48</sup> Ibid. p. 129.

<sup>49</sup> Ibid. p.128.

extinção por morte, decorrentes da união estável, são da competência das Varas de Órfãos e Sucessões (unânime).”<sup>50</sup>

Por fim, sobre este assunto, Wagner Bertolini se expressou brilhantemente ao dizer que “parece não haver dúvidas de que somente em vara especializada em família e sucessões se deva decidir sobre matéria relacionada aos direitos decorrentes da união estável e dos conviventes, seja (...) prestação alimentícia, partilha dos bens ou disputa da herança.”<sup>51</sup> “Por uma breve e sintética análise da nomenclatura temos que as varas são de família e não somente de casamento.”<sup>52</sup>

## 4.2 A partilha na união estável

A omissão do legislador do início do século XX quanto à união estável implicou em inúmeras injustiças sociais. Uma delas tocou a partilha dos bens amealhados pelos conviventes. Sendo omissa a legislação, o Judiciário não reconhecia o direito à partilha aos companheiros sobreviventes.

Acontece que no início do século passado, como até hoje ainda ocorre a grosso modo entre as classes mais pobres, era muito comum os bens adquiridos, mesmo que com o esforço direto ou indireto de ambos, fossem registrados unicamente no nome do homem.

Cabe ressaltar que, por décadas, a legislação nacional considerou a mulher casada como relativamente incapaz, ou então deferia o pátrio poder, determinando que no seu exercício, em caso de divergência entre o marido e a esposa, prevaleceria a opinião do homem, sendo estes apenas alguns dos exemplos das aberrações legalizadas à época. Nossas leis machistas eram o reflexo da nossa sociedade também machista, aquela em que todos os bens familiares estavam no nome do homem.

Nesse caso, a união estável causava assombrosa injustiça, em sua maior parte, para as companheiras, mulheres que após anos de afeto, carinho e trabalho doméstico para com seus companheiros eram mesmo expulsas da casa onde viviam com seu amasiado. O direito à partilha dos bens não era reconhecido pelos Tribunais.

Com o tempo, os Tribunais brasileiros foram evoluindo gradativamente na tentativa de amenizar essas injustiças e o enriquecimento sem causa gerado por elas. Primeiramente concediam a aberrante indenização por serviços prestados, depois, passaram a admitir a divisão dos bens na proporção da contribuição de cada um, note-se que nunca baseado no

<sup>50</sup> Disponível em: <http://www.rio.nutecnet.com.br/amaerj>

<sup>51</sup> BERTOLINI, Wagner. Op. cit. p. 117-118.

<sup>52</sup> Ibid. p. 118.

relacionamento familiar que estes companheiros tinham, mas sim por analogia com a teoria das sociedades de fato. Nessa fase inicial, os magistrados, na sua maioria, não tiveram a sensibilidade de perceber que o trabalho doméstico, o amparo afetivo, o cuidado com os filhos enquanto o companheiro trabalhava, compunham atitudes que contribuíam para o aumento do patrimônio.

Outra questão problemática era essa divisão de acordo com a contribuição de cada um. Na prática era quase impossível fazê-la com justiça. A solução encontrada para tornar mais simples a partilha foi a meação. Ressalte-se que neste momento nada se falava quanto à sucessão que é instituto do Direito das Sucessões, mas, exclusivamente da meação dos bens adquiridos durante a união estável, meação esta que é instituto do Direito de Família. Curioso os juízes reconhecerem aos conviventes um instituto de Direito de Família se os mesmos ainda não compreendiam este relacionamento como tal.

A lei 8.971/94 positivou pela primeira vez a meação dos bens quando houvesse contribuição de ambos. Desta forma, dispôs em seu artigo terceiro: “Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.”

O que o referido artigo fez, foi transpor para a lei o que já era concedido por meio do judiciário, principalmente com a edição da súmula 380 do STF, só que agora não mais com fulcro no Direito das Obrigações e na teoria das sociedades de fato, mas sim no Direito de Família. Mas a nova lei teve também o mérito de positivar a meação.

Não podemos concordar, todavia, com a interpretação literal do artigo de que esta meação ocorreria apenas em *causa mortis*, nos parecendo mais lógico entender que o mesmo deveria ser aplicado também para separações em vida.

Outra questão polêmica que se apresenta é: e se o juiz entender que não houve colaboração?

Nesse caso a injustiça permaneceria, já que um dos companheiros ficaria prejudicado, no caso de dissolução da união, quanto ao patrimônio formado durante a convivência.

O art. 5º da lei 9.278/96 dispôs sobre a propriedade dos bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável, a título oneroso, ou seja, excluiu daí os bens adquiridos a título gratuito, como, por exemplo, as doações para um dos companheiros. Determinou que, respeitados estes requisitos, esses bens “são considerados fruto do trabalho e colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em escrito.”. Esta presunção é *juris tantum*, portanto, admite prova em contrário.

Manteve a meação, desde que respeitados aqueles requisitos, não deixando mais dúvidas quanto à modalidade de extinção do relacionamento (*mortis causa ou inter vivos*), sendo deferida em ambos os casos.

No parágrafo primeiro, dispôs que não deve haver presunção de formação do patrimônio fruto do trabalho e colaboração comum, mesmo que havido na constância da união, caso este provenha do produto de bens adquiridos anteriormente a ela.

No parágrafo segundo deliberou: “A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.” Mais uma vez a legislação avançou ao presumir a meação, evitando que o magistrado se deparasse com a impossibilidade de dividir o patrimônio com justiça, além de propiciar maior segurança jurídica e dignidade aos companheiros sobreviventes e dificultando a configuração do enriquecimento sem causa.

A evolução da legislação em mais este aspecto nos ensina que é sempre melhor que o legislador deixe de lado alguns de seus preconceitos pessoais em nome da segurança jurídica, da equidade e da justiça.

Nada é mais injusto do que se omitir quanto a fatos tão patentes, em nome de uma falsa moral!

#### **4.3 Alimentos e indenização por serviços prestados**

O Judiciário brasileiro durante décadas deixou reiteradamente de conceder direito alimentar aos companheiros. Com o advento da nova Carta Magna e a elevação da união estável ao *status* de entidade familiar, corrente doutrinária veio a defender a imediata igualdade entre os companheiros e os cônjuges, conseqüentemente o imediato dever de prestação alimentar também entre os primeiros.

Todavia, a corrente preponderante entendeu que esta prestação alimentar dependia de regulamentação em lei ordinária. E, em entendimento mais radical, qual seja o de que a Constituição da República não havia estabelecido o dever de assistência para o companheiro, mas tão somente para o Estado, tivemos também vários julgados, como este a seguir do ano de 1990 no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

A nova Carta Constitucional evitou a equiparação do concubinato ao casamento, pela proeminência que deu a este instituto. Assim, a obrigação alimentar entre os concubinos escapa ao âmbito da norma do art. 226 § 3º da CF. O dispositivo cria função de assistência para o Estado, não para o companheiro frente à companheira e vice-versa. (8ª CCTJSP, AP. n. 119.798-1 de 7.3.1990, Rel. Des. Fonseca Tavares, RT 653/105).

*Data Venia*, não nos parece que o legislador constitucional tenha querido desonerar os particulares para onerar o Estado. Até porque esta não costuma ser a conduta mais adotada pelo Legislativo. Em Direito de Família a idéia é exatamente que os familiares prestem mútua assistência como uma forma de desincumbir o Estado de fazê-lo. E, parece, que um dos objetivos do legislador ao elevar a união estável ao patamar de entidade família foi o de ampliar o amparo familiar, deixando as pessoas mais protegidas e, assim, o Estado livre de assisti-las, mesmo porque a Constituição atual data de uma década em que o Estado do Bem Estar Social já vinha sendo substituído pelo Estado Mínimo.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecidamente o mais inovador do país, começaram a surgir decisões favoráveis ao direito à prestação alimentar entre os conviventes, em prestígio à corrente que entendia pela aplicação automática do §3º do art. 226 da Constituição da República:

ENTIDADE FAMILIAR (CONCUBINATO UNIAO ESTAVEL). 1. DIREITO CIVIL. FAMILIA. 2. CONCUBINA. INDENIZACAO. SERVICOS PRESTADOS AO CONCUBINO. REQUISITOS. 3. CONCUBINATO. - CONCEITUACAO. - SOCIEDADE DE FATO. - CARACTERIZACAO. - DISSOLUCAO. PARTILHA DE BENS. - CASAMENTO. EQUIPARACAO LEGAL. 4. CF-88. DISPOSICOES CONSTITUCIONAIS. - APLICACAO. - PRINCIPIO AUTO-APLICAVEL. EFEITOS. 5. ACAO. CONDICOOES DE ACESSO AO DIREITO DE ACAO. 6. ALIMENTOS. - FIXACAO. - CONCUBINA. DIREITO RECONHECIDO. DISPOSICOES DOUTRINARIAS E JURISPRUDENCIAIS. EMENTA: ALIMENTOS A CONCUBINA. COM O ADVENTO DA NOVA CARTA CONSTITUCIONAL, QUE DEFERIU A UNIAO ESTAVEL PROTECAO ESTATAL, COMPROVADA SUA EXISTENCIA, EXURGE A OBRIGACAO ALIMENTAR ENTRE AMBOS. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. (22FLS - D.) (Apelação Cível Nº 590069308, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 20/12/1990)

Antes do advento da lei 8.971/94, a primeira a regulamentar a união estável, Rodrigo da Cunha Pereira conta que:

A escusa para não se falar em obrigação alimentar decorrente de uma relação concubinária (...) era que os dispositivos existentes protegiam somente os vínculos do casamento (dever de assistência). No entanto, os tribunais sempre permitiram que uma das partes (em geral a mulher) fosse indenizada. Essa indenização decorre de serviços prestados. Ora, quais são esses serviços? Esbarramos aí em uma contradição e até mesmo em uma imoralidade, embora se negue isto.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit. p. 81.

O Código Civil de 1916 silenciou-se quanto ao direito alimentar dos concubinos. A Constituição de 1988 elevou a união estável ao status de entidade familiar. Entretanto, não havia à época uma legislação que expressamente conferisse aos companheiros o direito à prestação alimentícia. A saída encontrada pelos tribunais para evitar injustiças e o enriquecimento sem causa foi a aviltante indenização por serviços prestados. Mas que serviços seriam estes? Rodrigo da Cunha Pereira indaga:

Ora, quais são esses serviços? (...) Primeiro: se forem serviços prestados, estaremos diante de uma relação trabalhista e deveremos buscar na Justiça do Trabalho as reparações devidas. Segundo: se são os prazeres, companhia ou qualquer outro desfrute que um tenha proporcionado ao outro, não se poderia cobrar por isso, sob pena de estar o Direito admitindo algo inadmissível na ordem jurídica. Ademais, indenização pressupõe que tenha havido dano. Qual dano? De qualquer forma, esta boa intenção é um indicativo, uma tentativa dos tribunais de reparar injustiças.<sup>54</sup>

A lei 8971 de 1994 fez com que, pela primeira vez *legislata*, não fosse mais necessária a referida indenização para garantir o mínimo de dignidade aos companheiros necessitados. Agora uns poderiam pedir aos outros alimentos segundo o binômio: necessidade de quem pede, possibilidade de quem paga.

A lei 9278 de 1996 nada acrescentou ao tema, salvo a extinção da presunção mínima de cinco anos.

O CC/2002 equiparou a união estável ao casamento no que concerne a alimentos:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Para Luiz Paulo Vieira de Carvalho, entretanto, o companheiro tem que ser rápido em requerer os alimentos:

Rompida a união estável, o ex-companheiro necessitado deve, desde logo, pleitear os alimentos em face do ex-parceiro sob pena de decorrido tempo razoável da separação do casal (fática ou jurídica) não mais ter legitimação para fazê-lo, porquanto não ostentará mais a qualidade de companheiro, até por não mais existir resíduo do dever de mútua assistência alimentar.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Ibid. p. 81-82.

<sup>55</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito Civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões**, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 144.

Esta equiparação, todavia, não indica que não haja mais controvérsias no assunto alimentos. A questão da culpa, por exemplo, ainda gera bastantes divergências, como se observará a seguir.

#### 4.4 Culpa e alimentos

A chamada lei do divórcio (6.515/77) regulou a dissolução do casamento. O referido diploma legal prescreveu em seu artigo 19: *o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar*. Ou seja, determinou que cabe ao cônjuge considerado culpado pelo término do casamento prestar ao outro alimentos, caso seja necessário.

Neste momento pretende-se analisar a tão polêmica questão da culpa na dissolução de uma relação. A investigação da culpa é extremamente difícil e constrangedora. Nem sempre aquele que aparentemente deu causa ao fim da relação, como a mulher que abandonou o lar, por exemplo, foi o verdadeiro culpado desta situação. É possível (e normalmente nada fácil de se provar) que esta tenha sido a atitude desesperada de uma mulher que não suporta mais os maus tratos ou a indiferença do marido.

Nas palavras do professor Luiz Paulo Vieira de Carvalho:

(...) a inocência do cônjuge ou companheiro necessitado, a título de pressuposto legal para obtenção da decretação da separação sanção, e/ou do recebimento de pensão alimentícia por parte do outro, está sendo cada vez mais desconsiderada no direito contemporâneo. A uma, como ensina a Desembargadora Maria Berenice Dias, a discussão de culpa envolvendo o casal fere, especialmente, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88) da privacidade e da intimidade (art. 5º, X, CRFB/88), devendo de *lege ferenda* (vide o projeto de lei 7312/02) ser afastada e substituída unicamente pela insuportabilidade (impossibilidade) da vida em comum. (...) A duas, porque o direito à pensão alimentícia tende hodiernamente a cingir-se igualmente a princípios de raízes constitucionais, concernentes ao direito à vida e à subsistência digna, com base na solidariedade decorrente das relações familiares, mesmo naquelas já desfeitas e, também *de lege ferenda*, a nosso sentir, pelo critério infraconstitucional do desequilíbrio econômico freqüentemente provocado pela ruptura da sociedade conjugal (...).<sup>56</sup>

Quem foi o culpado do término de um relacionamento é uma daquelas questões em que o magistrado precisaria de verdadeiro dom da vidência para responder. Inúmeras injustiças são cometidas todos os anos ao se tentar resolver a questão da culpa. Parece-nos que

---

<sup>56</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito Civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões**, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 144 – 146.

melhor seria que se banisse o questionamento desta modalidade de culpa do nosso ordenamento jurídico.

Apesar de nosso humilde entendimento, o legislador brasileiro aparentemente não quis assim como bem nos assevera Sérgio Gischkow Pereira:

Em termos nacionais, a doutrina e a jurisprudência, largamente dominantes, continuam a trabalhar com a culpa, tanto para a separação judicial como para a ruptura da união estável, inclusive para efeitos alimentares. Seria difícil que fosse de outra maneira, pois o novo Código Civil prossegue prevendo a culpa, tanto como causa de separação litigiosa sanção (art. 1.572, *caput*), como em termos fator capaz de provocar redução de alimentos (arts. 1.694, § 2º, e 1.704, parágrafo único), e ainda como determinante da perda do direito de usar o nome (art. 1.578, *caput*). A culpa não mais atua é no equacionamento da guarda dos filhos (arts. 1.583 a 1.590).<sup>57</sup>

Não nos parece que o problema esteja na redução dos alimentos em função do indivíduo necessitar dos mesmos por sua culpa, como determina o §2º art. 1694 do Código Civil, mas sim na questão da culpa como fator determinante para se definir quem é o responsável pela prestação alimentícia.

Outra questão controversa no que concerne à culpa diz respeito a uma possível diferença de tratamento entre a união estável e o casamento, já que a lei do divórcio nada dispôs sobre os relacionamentos estáveis. Desta forma, a culpa da dissolução não importaria à união estável, apenas ao casamento?

Acontece que a lei 8.971 de 1994 calou-se quanto à culpa para a dissolução da união estável, diversamente do que fez a lei do divórcio concernente ao matrimônio. Gerou-se então a seguinte dúvida: deveria prevalecer a interpretação analógica estendendo a importância da culpa para o fim da relação à união estável, apesar de não haver previsão legal, mas dessa forma evitando o tratamento mais benéfico do que o dispensado ao casamento, ou, permaneceria a teoria da culpa apenas para o matrimônio, já que há previsão legal somente para este último?

Parece-nos que melhor mesmo seria liquidarmos de vez essa questão da culpa não a considerando nem para uma, nem para outro. Contudo, parece mais acertado, que, quem entender que a culpa ainda deve ser considerada, o faça tanto para a união estável quanto para o casamento, a fim de evitar o tratamento mais benéfico para a união estável.

#### 4.5 A discriminação do companheiro no que concerne ao direito sucessório

---

<sup>57</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. **O Direito de Família e o novo Código Civil**: alguns aspectos polêmicos ou inovadores. Ano 51, n. 313. Porto Alegre: Revista Jurídica Notadez, novembro de 2003. p. 14.



#### 4.5.1 Evolução Legislativa

O companheiro, como foi dito, até o advento da lei 8971/94 havia sido completamente privado do direito à sucessão. O referido diploma legal, por sua vez, apenas previu a sucessão dos companheiros sobreviventes na falta de descendentes ou ascendentes do companheiro falecido, quando, então, receberiam a totalidade da herança. A partir de então, o companheiro passou a integrar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.

A lei 9.278/96 não tratou do direito sucessório dos conviventes, deste modo persistindo a vigência da lei 8.971/94 quanto a esta matéria. Contudo, progrediu ao preceituar em seu artigo sétimo o direito real de habitação do companheiro supérstite, enquanto este viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

O legislador, ao determinar o direito real de habitação enquanto não constituir nova união estável ou casamento, o fez por entender que ao constituir novo relacionamento não necessitaria mais da habitação, pois agora estaria sobre os cuidados de um novo companheiro ou cônjuge. Não concordamos, data vênua, com este entendimento dada a efemeridade dos relacionamentos hodiernos e mais, é notório que, não mais como antigamente, o casamento deixou de ser sinônimo de sustento para a mulher.

No CC/2002, apenas o artigo 1.790 foi destinado à sucessão dos companheiros. Ao menos, é verdade, o CC/2002 se distinguiu da lei 8.971, por ter pela primeira vez atribuído direito sucessório ao companheiro sobrevivente quando concorrendo com os ascendentes ou descendentes do morto. Entretanto, estabeleceu a concorrência com os colaterais até o quarto grau, o que não ocorria na lei anterior. A professora Ana Luiza Maia Nevares nos ensina que:

De acordo com o caput do art. 1790, a sucessão do companheiro limita-se aos bens adquiridos durante a união estável, onerosamente. Dessa maneira, o primeiro passo diante da morte de um dos companheiros será averiguar que bens farão parte da sucessão do consorte sobrevivente. Haverá, portanto, duas massas de bens, que serão submetidas a regras distintas relativas à sucessão hereditária: aquela formada pelos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, sobre a qual incidirá a norma do art. 1.790 do Código Civil de 2002, e aquela formada pelos demais bens, como aqueles adquiridos por doação, herança, fato eventual, dentre outros, sobre a qual incidirá a norma do art. 1.829 e seguintes do Código.<sup>58</sup>

E continua a insigne professora a avivar os equívocos do caput do art. 1.790:

---

<sup>58</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **Os Direitos Sucessórios do Cônjuge e do Companheiro no Código Civil de 2002: Uma Abordagem à Luz do Direito Civil-Constitucional**. v. 8, n. 36. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de Família, jun./jul., 2006. p. 150.

Sem dúvida alguma, restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo falecido na vigência da união estável pode causar graves injustiças. Basta pensar numa pessoa que tenha vivido muitos anos em união estável e que só tenha bens adquiridos a título gratuito. Quando essa pessoa falecer, seu companheiro nada receberá. A herança caberá por inteiro aos demais parentes sucessíveis e, o pior, não os havendo, esta será vacante e pertencerá por inteiro ao Estado(CC/2002, art. 1.844). É bem verdade que (...) a vacância da herança poderá ser afastada a partir da disposição do art. 1.844 do Código Civil. No entanto, esta possível interpretação da lei não exclui a crítica ao caput do mencionado art. 1.790.<sup>59</sup>

Em que pese parte da doutrina entender que o companheiro não mais faz jus ao direito real de habitação, já que o Código Civil de 2002, que revogou a lei 8971/94 no que diz respeito ao direito sucessório, silenciou-se quanto a esta prerrogativa, entendemos que o mesmo continua acalorado com fundamento no princípio da vedação ao retrocesso.

Ficou preceituado no inciso terceiro do artigo 1790 do Código Civil de 2002, que se o companheiro sobrevivente concorrer com outros parentes do falecido, sejam eles ascendentes ou colaterais até o quarto grau, terá direito à terça parte da totalidade da herança que tiver sido adquirida onerosamente na vigência da união estável, não importando o número de concorrentes.

Essa norma não nos parece acertada. Imagine aberração de o companheiro concorrer com um primo do falecido e este ter direito a 2/3 de uma herança que, provavelmente, se construiu sem nenhuma contribuição sua, enquanto àquele restará apenas 1/3 da mesma.

E, finalmente, no quarto inciso determinou que, não havendo parentes sucessíveis, e apenas nesta hipótese, terá o companheiro sobrevivente direito à totalidade da herança. A nosso ver um flagrante retrocesso já que, para a lei 8971, bastava que o companheiro não concorresse com ascendentes ou descendentes do morto, desta forma afastando os colaterais, o que não ocorre mais com o novo código.

Como será visto a seguir, o Código Civil de 2002, em nosso entendimento, falhou ao tratar os companheiros e os casados de maneira diversa quanto ao Direito Sucessório.

#### 4.5.2 Desigualdade de tratamento entre o cônjuge e o companheiro

O Código Civil de 2002, ao dispor sobre sucessão, revogou tacitamente as leis 8.971/94 e 9.278/96 quanto ao assunto. A dúvida permanece relativamente ao direito real de habitação, que uns defendem ter também sido revogado, pois faz parte do direito sucessório e,

---

<sup>59</sup> Ibid p. 150-151.

se o CC/2002 foi omissivo, é porque não pretendia a sua continuidade relativamente aos companheiros. Outros defendem a sua continuidade já que, se omissivo o novo código, deve permanecer o prescrito pelo parágrafo único, art. 7º da lei 9.278/96 que defere ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação.

Parece mais acertado o segundo entendimento, até porque, retirar do companheiro este direito que já lhe haviam sido conferidos fere diretamente os princípios da vedação ao retrocesso e o da dignidade da pessoa humana. Assim também ficou entendido na primeira jornada de Direito Civil, como vemos a seguir: enunciado 117 – Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.

Sobre o assunto disserta Sílvio Salvo Venosa:

O novo Código não se refere ao direito real de habitação do convivente. É de perguntar se estaria revogado o dispositivo ou se persistem vigentes os dispositivos das leis anteriores sobre a união estável não contemplados pelo novo Código. Se for entendido que as lacunosas disposições do Código de 2002 sobre a união estável revogaram as leis anteriores, a união estável será colocada, no novo sistema, em posição de inferioridade. Haverá uma restrição de direitos conquistados no passado, inclusive este de habitação. Parece ter sido esta a intenção do legislador, mas parece que não será essa a orientação jurisprudencial futura.<sup>60</sup>

A seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul denota bem essa tendência:

ACÇÃO REINVIDICATÓRIA – UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIRO FALECIDO – IMÓVEL QUE SERVIU DE MORADIA PARA OS CONVIVENTES – SENTENÇA QUE RECONHECE DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE – DECISÃO *EXTRA PETITA* – JUNTADA DE DOCUMENTOS NA APELAÇÃO – 1. Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos a fatos novos supervenientes. Inteligência do art. 397 do CPC. 2. Não é *extra petita* a sentença que aborda questão trazida pelas partes, focalizando as teses deduzidas, sem reconhecer o direito à meação da ré, nem deferir a reivindicatória pleiteada pela sucessão, encontrando solução intermediária não discrepante do debate travado entre as partes. 3. Inexiste razão para alijar a recorrida do direito que lhe fora reconhecido, mesmo que possua outros imóveis, quando é certo que conviveu com o falecido naquele prédio, destinado por ambos como sede do núcleo familiar. 4. Conforme estabelece o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/1996, o direito real de habitação é deferido ao companheiro sobrevivente independentemente de qualquer condição pessoal, social ou econômica, mas limitado esse exercício apenas e tão-somente enquanto durar a viuvez. 5. Constitui regra elementar de hermenêutica que, se a lei não impõe quaisquer outras restrições, não é dado ao interprete fazê-lo. Preliminar de nulidade afastada. Recurso desprovido.

<sup>60</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito das sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

(TJRS – AC 70012930913 – 7ª C. Civ. – Rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves – Julgamento em 09.11.2005).

Nosso entendimento se coaduna com a respeitável decisão. Se o CC/2002 não restringiu este direito, nada falando em contrário e, portanto, não o revogando nem tácita, muito menos expressamente, fica então mantido o dispositivo do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96 que confere o direito real de habitação aos integrantes de uma união estável.

Outrossim, a lei não limita esse direito a nada mais que não seja enquanto o titular viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel em que viveu com o falecido destinado para ambos como sede do núcleo familiar. Logo, o fato do titular do direito possuir outros imóveis não tem o poder de alijá-lo do imóvel familiar. É importante também aclarar que, quando diz “não constituir nova união”, a lei não se refere a namoros ou encontros eventuais, o dispositivo se refere a uma nova união estável.

O CC/2002 defere expressamente ao cônjuge o direito real de habitação (art. 1.831). Todavia, não faz o mesmo com respeito aos companheiros. Os institutos do casamento e da união estável são diferentes, porém espécies do mesmo gênero, entidade familiar. Não resta dúvida que a união estável, como regrada hoje, gera menor segurança jurídica do que o casamento. Há dificuldade em se estabelecer, por exemplo, o início da relação, dada a ausência de formalidades. Contudo, superada a dificuldade da caracterização da união estável, ou seja, indiscutível a intenção dos companheiros de viverem como se casados fossem, não se vê justiça na diferenciação de tratamento comparativamente aos casados no direito das sucessões, afinal a CF/88 reconheceu a união estável como espécie de entidade familiar.

É curial a noção de que a interpretação da Constituição deve ser feita da forma mais ampla a se abranger e assegurar o maior número de direitos possíveis. O não reconhecimento de direitos iguais entre a união estável e o casamento somente se justificariam, caso a igualdade de tratamento contrariasse relevante interesse social. Todavia, a única questão que vem sendo utilizada para justificar a distinção entre as espécies é de ordem moral. Mais o que é a moral? Por muitos séculos a tortura foi aceita como meio de se obter confissões.

Passada essa questão, o fato é que, antes do advento do Código Civil de 2002, o legislador vinha trabalhando no sentido de igualar os direitos sucessórios dos companheiros aos dos cônjuges. Entretanto, o artigo 1790 do código atual veio a discriminar claramente os companheiros. Em nosso entender, isso se deve ao ano de elaboração do projeto de lei que culminou no referido diploma legal, qual seja o de 1975. Há quem diga até que o artigo retro é inconstitucional.

A diferença de tratamento fica clara quando verificamos que o cônjuge herda fração ideal de toda a herança, enquanto o companheiro participa apenas da sucessão dos aquestos típicos, como bem nos ensina a ilustre professora Ana Luiza Maia Nevares:

Aqueles recolhem toda a herança, não havendo distinção em relação aos bens sobre os quais poderão recair os seus direitos hereditários, como ocorre com os companheiros, que só participam da herança quanto aos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável.

Além disso, a prioridade do casamento na sucessão *mortis causa* ocorre também na ordem da vocação hereditária. Com efeito, não havendo descendentes e ascendentes, o cônjuge recolhe toda a herança, excluindo os colaterais. O mesmo não se passa com o companheiro, que além de concorrer com os descendentes e os ascendentes, ainda concorrer com os colaterais até o quarto grau.<sup>61</sup>

Importante ressaltar, que na lei 8971 de 1994, o companheiro afastava os colaterais, logo, o fato de a nova lei decretar a concorrência dos companheiros com os colaterais até o quarto grau denota nítida contrariedade ao princípio da vedação ao retrocesso:

(...) limitar o direito hereditário dos companheiros aos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável e estabelecer um sistema de fixação das quotas hereditárias em clara supremacia aos vínculos consangüíneos, inclusive aqueles até o quarto grau na linha transversal, constitui verdadeiro retrocesso quanto ao regime das leis n.ºs 8.971/1994 e 9.278/1996. Por esta razão, é imperioso que tal dispositivo seja interpretado de forma construtiva e sistemática, a partir das outras disposições do Código Civil e dos preceitos constitucionais.

É verdade também, que em determinado momento, com o advento das leis específicas 8.971/94 e 9.278/96 na vigência, ainda, do Código Civil de 1.916, a união estável, em alguns aspectos, gozou de direitos mais amplos do que o casamento, o que não deve ser aceito em hipótese alguma. Exemplo deste disparate nos é trazido por Venosa quanto ao direito real de habitação:

Em sede de união estável, o direito de habitação, na lei especial, apresenta-se de forma mais ampla, pois no casamento, no regime do código anterior, está restrito aos enlaces sob o regime da comunhão universal, afora o fato de tratar-se de imóvel destinado à residência da família e o único bem dessa natureza a inventariar. Trata-se de restrição injustificável, que recebeu repulsa da doutrina. Nenhuma restrição é feita, quanto aos conviventes, sob esse aspecto.<sup>62</sup>

Questão bem interessante é a abordada pelo professor Luis Paulo Vieira de Carvalho em seu brilhante livro. O que sobrevém quando o cônjuge separado de fato há menos de dois anos, ou, mesmo que após dois anos da referida separação, tenha se considerado que o mesmo

<sup>61</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit p. 156.

<sup>62</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 116.

não foi o culpado pelo término da relação, venha a pleitear direito sucessório legal e o falecido, a época de sua morte estivesse unido a uma nova companheira? Neste caso, quem herda a herança? O *novel Defensor Público* nos traz as quatro correntes mais plausíveis:

A uma, pela aplicabilidade pura e simples do art. 1830 do CC, não se admitindo a aludida concorrência, conferindo-se o direito sucessório exclusivamente a favor do cônjuge (...). A duas, (...) o cônjuge sobrevivente, junto com os descendentes ou ascendentes do morto, se houver a concorrência sucessória, herda sobre os bens havidos pelo falecido na constância da sociedade conjugal conforme o art. 1832 do CC (...) e o companheiro sobrevivente herda, na conformidade do art. 1790 e incisos do CC, somente sobre os aqüestos adquiridos pelo falecido na constância da sociedade conjugal de fato, concorrendo ou não com parentes sucessíveis deste (...) admitida, portanto, a concorrência sucessória peculiar entre ambos. Nesta hipótese fática, os demais bens obtidos pelo falecido no período da união estável seriam havidos pelo cônjuge sobrevivente e/ou parentes sucessíveis, se houverem esses últimos. A três, dividindo-se, pura e simplesmente, de forma igualitária, o direito sucessório previsto nos incisos I e II (direito sucessório legal vinculado ao cônjuge), entre o cônjuge e o companheiro, desprezando-se o art. 1790 e seus incisos I e II (direito sucessório legal relacionado ao companheiro). A quatro, em posição que conta com a nossa simpatia, deve o magistrado deferir título de sucessor legal tão-só ao companheiro, excluindo o cônjuge supérstite(...).<sup>63</sup>

O nobre autor entende que esta última é a melhor solução para que não se privilegie o relacionamento falido, completando que a solução para a meação é fazer a separação de acordo com o período de aquisição: os bens adquiridos na constância da união estável se comunicam ao companheiro, e os contraídos durante o casamento se comunicam ao cônjuge, respeitando-se os regimes patrimoniais aplicáveis a cada casal.<sup>64</sup>

Mas a lei trata o companheiro de forma menos privilegiada. Este, segundo a letra fria da lei, sucede apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável enquanto os casados sucedem sobre os demais bens. O companheiro concorrendo com colaterais, faz jus apenas a 1/3 dos bens adquiridos onerosamente, já o cônjuge afasta os colaterais. Em concorrência com os descendentes, se o cônjuge for ascendente dos mesmos, a ele lhe é assegurada a quota mínima de 1/4 da herança, o mesmo impropriamente não acontecendo com os companheiros. Para evitar estes disparates nos parece que a melhor solução é repelir este art. 1790 do CC em face da sua inconstitucionalidade e aplicar o mesmo tratamento disposto para o matrimônio.

A união estável é sim diferente do casamento em relação às suas formalidades, mas de forma alguma se trata de família hierarquicamente inferior à matrimonial. Não foi esse o intuito do legislador constitucional. O legislador, anterior ao Código Civil de 2002,

---

<sup>63</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. Cit.. P. 275.

<sup>64</sup> Loc. Cit. p. 276.

caminhava no sentido de igualar o tratamento entre as duas entidades familiares, todavia, o atual Código Civil, cujo projeto data de 1975, se mostrou anacrônico ao retroceder nos aspectos retro mencionados.

#### 4.6 A nova ordem da vocação hereditária

O Código Civil de 2002 modificou a ordem de vocação hereditária. Alguns questionamentos foram levantados. De fato, qual seria a atual ordem de vocação hereditária? A seguir, citaremos as duas que nos parecem mais interessantes.

Uma primeira nos parece a que mais retrata o disposto na lei. Por este modelo, em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária estariam os descendentes e o cônjuge; em segundo os ascendentes e novamente o cônjuge; em terceiro o Cônjuge apenas; em quarto os colaterais; e, por último, com a observação de não ser herdeiro, mas sim um sucessor obrigatório, o Estado. Diz-se que o Estado é o único sucessor obrigatório, já que este não pode renunciar ao legado, salvo no caso de legado com encargo, se não for interessante para o Estado suportá-lo.

Importante ressaltar que os herdeiros necessários não são sucessores obrigatórios já que estes podem renunciar à herança ou serem excluídos por indignidade.

Este primeiro modelo recebe críticas quanto à sua técnica já que o cônjuge aparece nas primeira, segunda e terceira ordens, mas nos parece que é o que melhor retrata o que é dito na lei.

Uma segunda ordem de vocação hereditária possível seria: em primeiro lugar os descendentes; em segundo os ascendentes; em terceiro o cônjuge; em quarto os colaterais; e, em quinto, o Estado, com as mesmas observações já feitas anteriormente. Mantendo-se na nova lei o princípio de que os parentes mais próximos excluem os mais remotos, pondo a salvo o direito de representação.

Há um segundo questionamento relevante. Para o Código Civil de 1916 o cônjuge não era herdeiro necessário, logo, poderia ser excluído por simples disposição testamentária, já que era apenas herdeiro facultativo. O Código Civil atual expressamente considerou o cônjuge, conjuntamente com os ascendentes e descendentes, herdeiros necessários (art. 1845 do CC). Dessa forma, não pode mais o testador, como ainda o faz quanto aos colaterais, excluir o cônjuge da herança, bastando para isso que disponha de seu patrimônio sem o contemplar.

Mas e quanto ao Companheiro? Deve este também ser considerado herdeiro necessário ou apenas facultativo?

Em primeiro lugar, voltando à ordem de vocação hereditária, nos parece que em qualquer dos dois modelos, apesar de não estar expresso na lei, onde se lê cônjuge, deve-se ler também companheiro. Já que, como exposto anteriormente, entendemos pela inconstitucionalidade do art. 1790 do CC, devendo-se, de imediato, suprir esta lacuna pela aplicação dos artigos referidos ao casamento (art. 1829 do CC e seguintes) para a união estável. Por este entendimento, o companheiro deveria, nos moldes do casamento, ser, também considerado herdeiro necessário.

Esse entendimento, ao que parece, já começa a formar jurisprudência: Agravo de instrumento 386.577-4/3-00 da Sexta Câmara de Direito Privado do TJSP – votação por unanimidade; Apelação Cível 700015433578 da Oitava Câmara Cível do TJRS; Agravo de Instrumento 70017169335 da Oitava Câmara Cível do TJRS. Segue Ementa do último e, respectivamente, do primeiro julgados referidos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, §3º da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão, os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado por maioria, recurso desprovido por maioria.

ARROLAMENTO DE BENS – MORTE DA COMPANHEIRA – AUSÊNCIA DE ASCENDENTES OU DESCENDENTES – EXISTÊNCIA, PORÉM, DE COLATERIAS NOTICIADA PELA PRÓPRIA COMPANHEIRA – UNIÃO ESTÁVEL INICIADA NA VIGÊNCIA DA LEI 8971/94 E QUE PERDUROU ATÉ O FALECIMENTO DO COMPANHEIRO, FATO OCORRIDO EM 2004 – INAPLICABILIDADE DA DISCIPLINA SUCESSÓRIA PREVISTA NO NOVO CÓDIGO CIVIL – ATRIBUIÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE DO MESMO STATUS HEREDITÁRIO QUE A LEI ATRIBUI AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE – TOTALIDADE DA HERANÇA DEVIDA À COMPANHEIRA, AFASTANDO DA SUCESSÃO OS COLATERAIS E O ESTADO – INAPLICABILIDADE DA NORMA DO ART. 1790, III, DO CÓDIGO CIVIL EM VIGOR – RECURSO PROVIDO.

Bem, após esta introdução, vamos procurar responder à pergunta anteriormente apresentada. Existem três principais correntes. Uma que entende que o companheiro é herdeiro facultativo. Outra compreende o companheiro como herdeiro necessário pleno, para



isso, aplicando-se o art. 1832 do CC. E, para uma terceira, o companheiro seria herdeiro necessário *sui generis*, sendo necessário, exclusivamente quanto às porções do caput e dos incisos do art. 1790 do CC.

Para a primeira corrente, deve-se perceber o companheiro como herdeiro necessário fazendo-se analogia com o art. 1850 do CC que determina: *para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar*. Data vênia, é curial o entendimento de que a analogia deve ser utilizada para beneficiar e não prejudicar. Logo, nos parece que o melhor seria utilizar-se da analogia para igualar o companheiro ao cônjuge como herdeiro necessário. Até porque, como visto anteriormente, o legislador pré Código Civil de 2002 caminhava no sentido de conceder tratamento igual entre companheiros e cônjuges, também para fins de sucessão, dessa forma, nos parece que o referido diploma legal afrontou diretamente o princípio do direito que proíbe o retrocesso.

Nesse sentido, nos ensina o professor Luis Paulo Vieira de Carvalho:

Plenamente consciente da divergência que grassa no seio da doutrina e da jurisprudência a respeito, até mesmo, em nosso sentir, pela defeituosíssima regulamentação legal da matéria, respeitando de sobremaneira as cultas opiniões em contrário, nos parece possa ser o art. 1790 do Código Civil, por todos os motivos antes expostos, considerando inteiramente inconstitucional, hipótese em que, *in concreto*, somos da opinião que deva ser aplicada, analogicamente a favor do companheiro sobrevivente, as disposições sucessórias previstas na antes comentada regra do art. 1829, incs. I a III do CC (*abi initio* destinada apenas aos descendentes, ascendentes e ao cônjuge do falecido).<sup>65</sup>

Entendemos que mais justo é perceber o companheiro como herdeiro necessário pleno. Todavia, como precisamente nos ensina o Defensor Público Luis Paulo Vieira de Carvalho, não é de todo mal o entendimento da terceira corrente:

Lembramos, por fim, e admitimos sem ufanismos, abrandando nossa opinião anteriormente externada, de molde a ser evitada a aplicação de brutal injustiça, num país onde milhares de pessoas vivem em união estável que, morto todo o hereditando na vigência do CC/2002, possa o julgador orfanológico, em último caso, ao menos enquadrar o companheiro sobrevivente com herdeiro necessário especial, cuja base de cálculo apurar-se-á na conformidade no disposto no art. 1790 e seus incisos do CC, não podendo, em nosso sentir, ser o mesmo excluído mediante testamento do falecido destas quotas hereditárias mínimas.<sup>66</sup>

Por último, cabe esclarecer, novamente, que o herdeiro necessário não é sucessor obrigatório já que o herdeiro necessário pode renunciar à herança ou ser excluído da mesma através de ação de indignidade. O único sucessor obrigatório é o Estado, que não pode

<sup>65</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. Cit.. P. 290.

<sup>66</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. Cit.. P. 295.

renunciar ao legado, salvo no caso deste estar gravado com encargo ao qual não seja do interesse público suportá-lo. Importa também ressaltar que não há concorrência sucessória entre o companheiro e o Poder Público, por força do disposto no art. 1844 do Código Civil Brasileiro de 2002.

## 4.7 Da filiação proveniente de uma união estável

### 4.7.1 Conceito e classificação

Maria Helena Diniz diz que a filiação pode ser classificada apenas didaticamente em:

- 1) *Matrimonial*, se oriunda da união de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção, se resultante de união matrimonial que veio a ser anulada, posteriormente, estando ou não de boa-fé os cônjuges (CC, arts. 1561, §§ 1º e 2º, e 1.617), ou se decorrente de uma união de pessoas que, após o nascimento do filho, vieram a convolar núpcias.
- 2) *Extramatrimonial*, provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou que não querem contrair casamento, podendo ser “espúria” (adulterina ou incestuosa) ou natural, como mais adiante explicaremos.<sup>67</sup>

E continua a eminente autora conceituando e classificando a filiação não-matrimonial:

A filiação não-matrimonial é a decorrente de relações extramatrimoniais, sendo que os filhos durante elas gerados classificam-se *didaticamente* em:<sup>68</sup>

- 1) Naturais, se descenderem de pais entre os quais não havia nenhum impedimento matrimonial no momento em que foram concebidos<sup>69</sup>.
- 2) *Espúrios*, se oriundos da união de homem e mulher entre os quais havia, por ocasião da concepção, impedimento matrimonial<sup>70</sup>. Assim, são espúrios:
  - a) os *adulterinos*, que nascem de casal impedido de casar em virtude de casamento anterior, resultando de um adultério. (...) b) os *incestuosos*, nascidos de homem e de mulher que, ante parentesco natural, civil ou afim, não podiam convolar núpcias à época de sua concepção (grifos da autora).<sup>71</sup>

Importante observar que esta era a classificação à época do Código Civil de 1916 e que hodiernamente encontra importância unicamente histórica e didática já que a Constituição da República proíbe qualquer tratamento discriminatório entre os filhos.

### 4.7.2 Evolução legislativa até a igualdade entre os filhos

<sup>67</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 444.

<sup>68</sup> Ibid. p. 444

<sup>69</sup> GOMES, Orlando, *Direito de Família*, 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 361 *apud* DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 444.

<sup>70</sup> RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil: direito de família*, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 6, p. 301 *apud* DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 444.

<sup>71</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 444 – 445.

O Código Civil de 1916 permitia apenas o reconhecimento dos filhos naturais, vedando-o quanto aos filhos espúrios (art 358 do CC/1916). “O Decreto-lei 4.737/42 mitigou o rigor desse dispositivo, ao autorizar o reconhecimento de prole oriunda de pessoas desquitadas”.<sup>72</sup> (art. 1º).

O advento das leis 4.737/42 e 4.883/49 “autorizou o reconhecimento do filho havido fora do casamento, mas somente após a dissolução do casamento do genitor. (...) A proibição de reconhecimento dos filhos ilegítimos foi alvo de progressivos abrandamentos”<sup>73</sup>. Entretanto, o reconhecimento dos filhos ilegítimos só foi integralmente possível com a promulgação da lei 7.841/89, que revogou expressamente o art. 358 do antigo Código Civil.

Hodiernamente não há mais efeitos práticos nesta classificação da filiação já que a Constituição da República instituiu o princípio da isonomia entre os filhos ao determinar em seu art. 227, § 6º: *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.*

Os direitos tratados por este artigo são direitos subjetivos que são aqueles para os quais se exige a manifestação de vontade para que sejam adquiridos. Mas este artigo concede também isonomia quanto às qualificações. Qualificação em Direito Civil é o mesmo que *status*, que é a posição que o indivíduo exerce na sociedade. Diferentemente do que ocorre com os direitos subjetivos, um indivíduo pode ser sujeito passivo ou ativo de várias relações jurídicas unicamente por possuir um determinado *status*.

São várias as qualificações, como exemplos: nacional e estrangeiro, são e insano, etc. Quanto ao *status* família as pessoas são qualificadas como pai, mãe, filho, cônjuge, etc. Logo, as qualificações hoje admitidas são estas não sendo mais permitidas aquelas de cunho discriminatório como filhos incestuosos (originados de relacionamentos entre parentes) ou adúlteros (por pessoas casadas com terceiros).

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, já em conformidade com a nova Constituição, se manifestou da seguinte forma: Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

---

<sup>72</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 446.

<sup>73</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 294-295.

Em conclusão, a legislação atual põe termo a diversas questões controversas e divergências jurisprudenciais quanto aos direitos das diversas formas de filiação, já que agora o que importa é ser ou não ser filho e nada mais.

#### 4.8 Famílias paralelas

Como abertura deste título, nos parece importante assumir que, antes do estudo realizado para a elaboração do presente, nos parecia que o reconhecimento de direitos às famílias paralelas, deveria ser bastante limitado, principalmente nos casos em que a outra mulher soubesse da existência da família matrimonial.

Entretanto, atualmente entendemos que, desconsiderar essas famílias, seria o mesmo que o companheiro adúltero.

Sérgio Gisckow Pereira, de forma prudente, pondera que:

Desconsiderar dezenas e dezenas de anos de convivência como se casados fossem, porque um deles é casado e continua também morando com o cônjuge (mantém duas residências), o que poderia provocar ficasse a companheira abandonada na contingência de mendigar, dado que enviáveis alimentos em não havendo união estável. Consola-me a convicção de que um magistrado, diante de tais casos graves, haveria de sopesar suas circunstâncias peculiares, pondo de lado a rigidez teórico-acadêmica.<sup>74</sup>

Hodiernamente, a magistratura vem assumindo, aos poucos, a tendência de, em respeito ao princípio da monogamia, somente conceder alimentos à companheira se esta estiver em união estável putativa, noutras palavras, não pode ela saber da existência da outra família. Entendemos que isto já é um avanço em relação aos mais conservadores que insistem em não reconhecer sequer direito alimentar nesses casos.

A nosso ver isto nada mais seria que privilegiar o homem ou mulher casados que pretendessem assumir uma nova família, já que, quanto a esta segunda parceira, não teriam qualquer responsabilidade. Cabe ressaltar que, conforme analisado, os filhos desta segunda família têm todos os seus direitos resguardados, mas e a mulher.

A negativa jurisprudencial é hoje quase unânime nos casos em que a companheira sabia da existência da outra família. Sobre isso, a Desembargadora Maria Berenice Dias nos ensina que:

A doutrina ainda distingue ligações afetivas livres, eventuais transitórias e adúlterinas, com o fim de afastar a identificação da união como estável e, assim, negar-lhe qualquer consequência. São consideradas relações de

---

<sup>74</sup> PEREIRA, Sérgio Gisckow. Op. Cit.

efeitos positivos na esfera jurídica.<sup>75</sup> O concubinato chamado de **adulterino**, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé, e até de concubinação é alvo do repúdio social. Nem por isso essas uniões deixam de existir, e em larga escala. A repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a invisibilidade a que são condenados só privilegia o “bígamo” (grifos da autora).<sup>76</sup> Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese da mulher alegar desconhecimento da duplicidade de vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedade de fato. Pelo jeito, infringir o dogma da monogamia assegura **privilégios**. A manutenção de duplo relacionamento gera total irresponsabilidade. Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. (...) Quem mantém relacionamento concomitante com duas pessoas sai premiado. O infiel, aquele que foi desleal, permanece com a titularidade patrimonial, além de ser desonerado da obrigação de sustento para com quem lhe dedicou a vida, mesmo sabendo da desonestidade do parceiro. Paradoxalmente, se o varão foi fiel e leal a uma única pessoa, é reconhecida a união estável, e imposta tanto a divisão de bens como a obrigação alimentar. A conclusão é uma só: a justiça está favorecendo e incentivando a infidelidade e o adultério!<sup>77</sup>

A nobre autora foi precisa em seus ensinamentos nada restando a se acrescentar. O fato de um relacionamento ser paralelo à chamada família “legítima” não pode servir de escudo para aquele que deseja manter-se em duas famílias ao mesmo tempo.

A maioria da Magistratura entende de forma diversa com o intuito de proteger a família matrimonializada, todavia, o resultado poderia vir contrário ao querido, já que este homem estaria livre para constituir união estável com quantas mulheres quisesse, respondendo patrimonialmente por apenas uma delas. Neste caso, esse procedimento acabaria muito mais por incentivar a multiplicação desses relacionamentos adúlteros do que por proteger a primeira família.

Não estamos aqui defendendo que qualquer mulher que venha a se amasiar com o homem casado passe a, apenas por isso, fazer jus a esses direitos. Nos referimos, e é bom que fique bem claro, àquelas mulheres que se relacionam como se casadas fossem, com publicidade e que, mesmo que as próprias saibam da existência da outra família, fique óbvio para os demais que aquele homem é o seu companheiro. Dessa forma, entendemos que, tanto as que sabiam quanto as que não faziam idéia da outra família, devem ser tratadas com base nos institutos do Direito de Família e nunca do Direito Obrigacional.

#### 4.9 A questão da inconstitucionalidade das leis regulamentadoras

<sup>75</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6. p. 261 *apud* DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 160.

<sup>76</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 160.

<sup>77</sup> *Ibid.* p. 160-161.

Com o advento da Constituição da República de 1988, três principais correntes se formaram quanto à aplicabilidade do §3º do art. 226. Uma entendia que este deveria ser aplicado imediatamente no sentido de igualar a união estável ao casamento sem a necessidade de se elaborar lei ordinária. Outra, sendo esta a majoritária, se manifestou no sentido da necessidade de regulamentação da matéria para, só então, a união estável gozar dos direitos pertinentes ao casamento e, por fim, aquela que defendia que o parágrafo terceiro não pretende igualar a união estável ao casamento, mas, tão somente, determinar que seja facilitada a conversão da primeira no segundo.

Como consequência da corrente vencedora, foram elaboradas as leis 8971 em 1994 e 9278 em 1996. Entretanto, existe uma visão mais radical, de alguns autores que persistem em se manter na terceira corrente, no sentido de que estas leis regulamentadoras seriam inconstitucionais.

A teoria da inconstitucionalidade das leis regulamentadoras do § 3º art. 226 da Constituição da República, basicamente, consiste na idéia de que a legislação infraconstitucional, ao invés de obedecer à Constituição Federal facilitando a conversão da união estável em casamento, ao contrário, preocupou-se em regulamentá-la de forma a quase equipará-la ao casamento, o que, segundo esta teoria, seria uma afronta ao texto constitucional. Segundo esta teoria, até mesmo o Código Civil de 2002, onde ele concede direitos típicos da família matrimonializada, estaria afrontando a Constituição, já que este teria sim que facilitar a conversão. Essa teoria se sustenta em alguns argumentos que estudaremos a seguir.

O Professor Lourival Silva Cavalcanti, que defendeu em sua tese de doutorado pela USP esta teoria, além de publicá-la em livro, entende que:

As leis até agora editadas, em lugar de facilitarem a conversão da união estável em casamento, como foi claramente determinado que fizessem, na verdade transformaram-na numa espécie de casamento, em que se dispensa a declaração de vontade dos interessados, afrontando não apenas a Carta Magna, o que já seria inadmissível, mas todo o sistema pertinente à constituição da família inclusive no plano do Direito Internacional.<sup>78</sup>

Para o autor, “da leitura do § 3º emerge, naturalmente, a idéia de que não houve equiparação da união estável ao casamento, uma vez que se tivessem sido iguais, (...) não haveria por que cogitar-se da conversão de uma das figuras na outra.”<sup>79</sup> Também expõe que

---

<sup>78</sup> CAVALCANTI, Lourival Silva. Op. cit. p. 2.

<sup>79</sup> Ibid. p. 4.

“é inerente à idéia de conversão a de desigualdade: não se converte uma coisa em outra a menos que sejam desiguais.”<sup>80</sup>

O autor argumenta que, se o casamento religioso depende do registro civil para beneficiar-se do efeito civil (CF/88, art. 226 § 2º), não poderia ser diferente com a união estável, neste caso, por determinação expressa da Constituição, dependendo de conversão em casamento.<sup>81</sup>

E Lourival Silva Cavalcanti continua em seu magistério:

Se no enlace religioso se encontram elementos comuns ao casamento civil, o mesmo não se dá no que tange à união estável, razão por que, para estender ao primeiro o *efeito civil*, basta, nos termos de disciplina legal recepcionada pela Constituição, realizar-se o registro, mesmo que posterior, ao passo que, para atribuir-se tal efeito à última, é necessária sua *conversão em casamento*, que deverá constituir todo um rito, embora facilitado, apto no entanto a resguardar a manifestação de vontade dos interessados e o atendimento aos princípios de higidez e moralidade que informam a instituição da família (grifos do autor).<sup>82</sup>

E continua o nobre Doutor:

O que move alguém a efetuar a conversão de uma situação em outra é um valor novo, em termos de efeito, de tal sorte que no seu entendimento a nova posição é mais valiosa que a anterior. Precisamente como acontece na conversão da separação judicial em divórcio. Se não há efeito novo, mais valioso sob o aspecto do interesse da pessoa envolvida, desnecessária e inútil se torna a conversão.<sup>83</sup>

Para o autor a CF/88 concedeu às entidades familiares o direito à proteção estatal, mas não efeito civil. O autor conceitua efeito civil da seguinte forma:

Inicialmente, cabe a observação de que tal efeito se refere à órbita do direito privado, diferentemente dos efeitos que o casamento gera em outras searas, como, por exemplo, no Direito Previdenciário, em que surte efeitos perante o órgão de previdência social, ou no Direito Tributário, relativamente aos abatimentos no Imposto de Renda.

(...)

Pode resumir-se o conceito de *efeito civil*, que se apresenta apenas na relação do casal, como o feixe de deveres e correlatos direitos que se propõem, assim no plano imaterial como no material, entre os cônjuges, segundo a disciplina estabelecida no Código Civil.

(...)

O efeito civil é, concluindo e dizendo de outro modo, o conjunto de efeitos que emergem da sociedade conjugal, na sua precisa configuração de estatuto dos cônjuges, unicamente para estes.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> Loc. cit.

<sup>81</sup> CAVALCANTI, Lourival Silva. Op. cit. p. 23 *et seq.*

<sup>82</sup> CAVALCANTI, Lourival Silva. Op. cit. p. 56.

<sup>83</sup> Loc. cit.

<sup>84</sup> Ibid. p. 66-68.

Portanto, para o insigne autor, pelo texto constitucional, a conversão é indispensável para que se faça jus aos efeitos civis, mas não à proteção estatal. E, já que o legislador infraconstitucional preferiu regulamentar a união estável de forma a quase equipará-la ao casamento, quanto aos efeitos civis, ao invés de facilitar a sua conversão em casamento como determina a Carta Magna; já que a equiparação entre dois institutos torna desnecessária a conversão de um no outro, entende o autor ser inconstitucional a legislação regulamentadora do art. 226 § 3º da CF/88, no que concerne à concessão de efeitos civis à união estável.

Em que pese o brilhantismo do nobre autor e sua forte argumentação, parece que logo em seu artigo inaugural, estabeleceu como princípio fundamental o da dignidade da pessoa humana. Parece óbvio que deixar de conceder qualquer efeito civil a um relacionamento nos moldes de uma união estável fere diretamente este princípio.

Hodiernamente, diversos autores colocam os princípios constitucionais em patamares superiores às demais normas da Carta Magna. Segundo este entendimento, que nos parece bastante acertado, as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma a não contrariar os seus princípios. Logo, em que pese a excelente argumentação do nobre doutor supracitado, seu entendimento não deve prosperar tendo em vista que este não segue uma interpretação compatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, entendemos que os efeitos maléficos da falta de regulamentação de um fenômeno social tão antigo quanto a história do Brasil já foram demasiadamente demonstrados no presente trabalho. Ninguém tem o direito de fechar os olhos a um fenômeno tão presente em nossa sociedade unicamente para defender a sempre tão protegida família matrimonializada. Não é isso que a nossa Constituição quer quando coloca a união estável no mesmo patamar de entidade familiar que a relação originada pelo casamento. O casamento é obviamente diferente da união estável em seu aspecto formal, mas a Constituição expressamente os equiparou, e essa equiparação deve sim, sob pena de ofender a Constituição da República, alcançar também os efeitos civis.

#### **4.10 O contrato de união estável como possível solução para a insegurança jurídica típica deste relacionamento**

Como foi colocado em momentos passados, a grande dificuldade da união estável é, exatamente, determinar quando esta se iniciou. Por mais que se coloque que o principal elemento caracterizador desta união é a intenção do casal, e por mais que se saiba que muitas pessoas preferem esta ao casamento para fugirem à burocracia deste último, impossível negar



que aquela tem uma grande desvantagem quanto a este no que concerne aos registros, documentos e provas da sua constituição.

Fazer prova do casamento, em regra, é muito fácil, basta apresentar o registro de casamento, a outro giro, a união estável não requer nenhum registro para que se tenha início.

Nossa legislação determina que a união estável seja equiparada ao casamento e que sua conversão em casamento seja facilitada ao máximo. A união estável tem que apresentar algumas características para ser formalmente reconhecida: deve ser uma união pública, contínua, duradoura e as partes devem ter a intenção de constituir uma família.

Os requisitos são todos muito subjetivos, além disso, a lei não estabelece um prazo para que a união estável seja reconhecida. Quando a legislação acabou com o tempo mínimo para que se denotasse a sua caracterização (o que entendemos correto, já que uma união estável pode se concretizar em um ano enquanto outras não o farão nem em cinco), muitas pessoas que namoravam ou eram noivas entraram em uma paranóia. A preocupação era que seus relacionamentos fossem entendidos como união estável.

Para a caracterização de uma união estável são analisados alguns outros requisitos, não previstos em lei, mas que dão aos juízes maiores indícios, ou certeza, de que se trata mesmo de uma união estável, como: contas conjuntas em bancos, declaração no imposto de renda como dependente, correspondências remetidas para ambos na mesma residência, etc.

A verdade é que nenhum desses requisitos traz cem por cento de segurança. Para evitar que seus noivados ou namoros fossem confundidos com uma união estável, alguns casais registraram instrumentos particulares declarando que seus relacionamentos constituíam unicamente namoros ou noivado, pretendendo que estes servissem de prova para uma futura alegação de que viviam como se casados fossem, ou seja, em união estável.

Por outro lado, muitos fizeram exatamente o contrário, registrando contratos de união estável. Estes contratos objetivam dar mais segurança jurídica aos companheiros. No contrato de união estável devem ser abordados todos os itens que o casal julgue importantes, podendo seu texto tratar de pensão alimentícia, guarda e visitação de filhos, partilha do patrimônio etc., com a vantagem de as partes poderem estipular o que quiserem, o que lhes for mais conveniente, desde que não haja contrariedade à lei.

Reconhecer uma união estável é tarefa que exige muitos cuidados, por envolver patrimônio, filhos, pensão alimentícia e outras questões importantes. Por isso, são analisadas também eventuais provas escritas (cartas, bilhetes, declarações), fotografias, depoimentos de testemunhas e tudo mais que puder ser útil para firmar a convicção do juiz. E já que não há

um prazo estabelecido em lei, algumas uniões estáveis são reconhecidas nos Tribunais com apenas um ano de existência, enquanto outras de vários anos deixam de ser.

Outra dificuldade encontrada é que alguns casais (e isso ocorre até mesmo com os casados) optam por morar em lugares diferentes para evitar que o cotidiano desgaste o relacionamento. E, em decorrência disso, até mesmo com base na súmula 382 do STF, vem se discutindo a possibilidade de se reconhecer a união estável nesses casos. Nos parece perfeitamente possível, mas, para isso, um conjunto de provas incontestáveis deve dar ao juiz a convicção de que se tratava dessa forma de relação.

Proteger o patrimônio é uma das funções do casamento. E a união estável também cuida disso. É o momento oportuno para que os futuros cônjuges ou companheiros optem por um dos regimes de bens, de acordo com seus interesses e desejos. A vida conjunta futura, através do casamento ou união estável, tem implicações financeiras.

O regime atual que rege os casamentos é o da comunhão parcial de bens, aquele no qual se comunica entre os cônjuges todo o patrimônio formado durante o casamento, mantendo-se exclusivamente para cada um deles os bens adquiridos antes do casamento ou na vigência deste, desde obtidos graciosamente.

Na hipótese de os futuros cônjuges não se manifestarem de forma diversa sobre o regime de bens, o que regerá o patrimônio do casal será o regime da comunhão parcial de bens. O mesmo se aplica às uniões estáveis. Nada sendo estabelecido entre as partes acerca do patrimônio em um contrato de união estável, será aplicado o regime da comunhão parcial de bens.

Assim, caso os companheiros desejem estabelecer algo diverso do regime da comunhão parcial de bens, devem celebrar um contrato estipulando o que desejam sobre o patrimônio formado, a ser aplicado caso haja a separação do casal. Em termos práticos, o casamento e a união estável guardam entre si diferenças referentes à burocracia. Para o casamento são necessários vários documentos e procedimentos junto a cartórios de registro de pessoas naturais. Já para a união estável basta registrar um contrato em cartório ou lavrar uma escritura também em cartório. Também existe uma diferença em relação ao regime de bens adotado. Na hipótese do casal optar por um outro regime de bens que não a comunhão parcial de bens é preciso que elaborem um pacto antenupcial. Se fizerem a mesma opção em uma união estável basta que mencionem o regime no corpo do contrato ou da escritura. O ideal é que o meio utilizado seja a escritura pública já que o oficial de registros tem fé pública, o que certamente traz mais segurança para os companheiros.

Não há dúvidas de que a burocracia envolta em um casamento é muito maior. Por isso também tantas pessoas optam pela união estável, mas é muito importante que se registre o contrato de união estável que pode prever a data de início do relacionamento anterior à do seu registro.

Outra vantagem é percebida no momento em que o casal resolve modificar o regime de bens pré-constituído. Enquanto no casamento é imprescindível que se passe pelo crivo do Judiciário e do Ministério Público, na união estável basta que se registre instrumento, preferencialmente público, nesse sentido.

Se a caracterização da união estável é tão difícil e depende de requisitos tão vagos e subjetivos, por que não fazer o contrato de união estável? Parece-nos que atualmente é a melhor forma para se evitar a principal desvantagem em relação ao casamento, a insegurança jurídica.

## 5 CONCLUSÃO

Para alcançar o objetivo proposto para o presente trabalho, qual seja apresentar a legislação brasileira sobre a união estável de forma crítica e debater algumas de suas questões polêmicas, optou-se por partir do geral, conceituando e traçando um breve histórico da união estável.

Em seguida, entendemos que seria melhor analisar criticamente e individualmente a legislação e jurisprudência de maior relevância sobre o assunto, para que então, no terceiro e último capítulo se pudesse entender com maior facilidade a complexidade do tema.

Com o desenvolver do trabalho foi possível chegar a importantes conclusões como a de que a vontade íntima do casal parece ser o mais significativo caracterizador da união estável, porém, dada a dificuldade de se perceber a real intenção de um indivíduo, torna-se imprescindível ao magistrado utilizar-se de outros indícios para possibilitar a caracterização da mesma, como: conta conjunta em banco, declaração do companheiro como dependente no Imposto de Renda, correspondências remetidas para ambos no mesmo endereço, etc. No mais, conclui-se que as diversas formas de entidades familiares, apesar de diferentes no aspecto formal, devem ter, no que couber, igualdade de direitos e deveres.

Quanto à união estável, entidade familiar objeto deste trabalho, entende-se que esta já possui a única desvantagem legítima que é a maior dificuldade de ser reconhecida e de se determinar o momento exato em que teve início, desvantagem esta que, como visto, pode ser contornada com o registro de um contrato de união estável. Sem embargo, ultrapassadas estas interrogações, essa deve gozar das mesmas prerrogativas do casamento civil.

Como visto, o Direito brasileiro caminhava no sentido de igualar a união estável à família matrimonializada, mesmo no que concerne ao Direito Sucessório. Todavia, o Código Civil que entrou em vigor em janeiro de 2003, originado de um projeto de lei já anacrônico em face da data de sua elaboração (ano de 1975), acabou, em patente violação ao princípio da vedação ao retrocesso, por alargar as diferenças entre a união estável e o casamento, principalmente no que diz respeito ao Direito Sucessório. As centenas de emendas realizadas no Congresso Nacional não foram suficientes para deixar o Código Civil em vigor mais contemporâneo.

É óbvio que o casamento se difere da união estável quanto às suas formalidades. Todavia, a união estável os equiparou como espécies do gênero família. Não é acertado tratar diferentemente institutos do mesmo gênero de forma desarrazoada. Assim, somos favoráveis a

se dispensar tratamento igual a ambos os institutos, em todos os ramos do Direito, respeitadas as especificidades de cada um, como já é realidade quanto aos filhos de qualquer proveniência. Não podemos esquecer que um dia se considerou absurda a idéia de se dispensar o mesmo tratamento legalmente garantido aos filhos “legítimos”, também aos “adulterinos” ou aos “incestuosos”.

## REFERÊNCIAS

- BERTOLINI, Wagner. *A União Estável e seus Efeitos Patrimoniais*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.
- CARVALHO, Luis Paulo Vieira de. *Direito Civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões*, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. São Paulo: editora Saraiva, 2003.
- DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 144.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 5ºv.: direito de família*. 22 ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FONTANELLA, Patrícia. *União Estável a Eficácia Temporal das Leis Regulamentadoras*. 2 ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 11ª ed., atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- MELO, Nehemias Domingos de. *União Estável – conceito, alimentos e dissolução*. Direitonet. Disponível em:  
[http://www.direitonet.com.br/textos/x/13/37/1337/DN\\_uniao\\_estavel\\_conceito\\_alimentos\\_e\\_dissolucao.doc](http://www.direitonet.com.br/textos/x/13/37/1337/DN_uniao_estavel_conceito_alimentos_e_dissolucao.doc)>
- MOURA, Mário Aguiar. *Concubinato*, 6 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1985
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *Os Direitos Sucessórios do Cônjuge e do Companheiro no Código Civil de 2002: Uma Abordagem à Luz do Direito Civil-Constitucional*. v. 8, n. 36. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de Família, jun./jul., 2006.
- PELUSO, Antônio Cezar. *A nova leitura da súmula 380*. Revista do Advogado, n.41, set./93
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União estável*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *O Direito de Família e o novo Código Civil: alguns aspectos polêmicos ou inovadores*. Ano 51, n. 313. Porto Alegre: Revista Jurídica Notadez, novembro de 2003.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Processuais do Direito de Família*. Revista de Processo. São Paulo: Revista de Processo, v. 72, ano 18. out./dez. 1993.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*, Vol. III, Rio de Janeiro, 1997, Editora Aide.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 24. ed. atual. Por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.