



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MARIA VILLANÍ COSTA DE MEDEIROS

SUCCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: INADEQUAÇÃO QUANTO AO
POSICIONAMENTO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO

SOUSA - PB
2010

MARIA VILLANÍ COSTA DE MEDEIROS

SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: INADEQUAÇÃO QUANTO AO
POSICIONAMENTO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Joaquim Cavalcante de Alencar.

SOUSA - PB
2010

MARIA VILLANÍ COSTA DE MEDEIROS

SUCCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: INADEQUAÇÃO QUANTO AO
POSICIONAMENTO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Joaquim Cavalcante de Alencar.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof. Joaquim Cavalcante de Alencar – UFCG
Professor Orientador

Examinador interno

Examinador externo

Dedico a todos os pais, em especial aos meus, que se fazem presentes na vida de seus filhos e com o excesso de amor, os tornam esperançosos por serem “grandes” e de quererem correr riscos, com a certeza de vencerem no final.

AGRADECIMENTOS

É muito bom passar por uma jornada destas e ter tanto a agradecer, e querer a tantos homenagear.

É muito bom dizer **obrigada** a tanta gente que, neste período, em que se é acometido de tantos surtos de tristeza, incapacidade, euforia, incerteza, cansaço, alegrias, conseguiu se manter simplesmente presente. Por isso, as homenagens.

Ao bom Deus, a Graça de estar viva e por ter me facultado o uso da razão e as necessárias condições para desenvolver este trabalho.

Ao meu querido pai, Francisco de Medeiros Lima, que me propiciou uma vida digna onde eu pudesse crescer, acreditando que tudo é possível, desde que sejamos honestos e íntegros de caráter. Meu reconhecimento e gratidão pela paciência, compreensão e pelas suas orações.

A minha amada mãe, Maria do Carmo Costa Medeiros pelo amor imenso, carinho constante, confortável força e pelas orações. Para você a minha gratidão e todo meu o respeito.

Aos meus irmãos, Nilson, Valdirene, Vitória e Nilo, pelo incentivo e exemplo na vida estudantil.

Aos colegas de sala, em especial a Gerailton por sua amizade sincera que sempre demonstrou.

A todos os professores por ter me guiado pela estrada do saber. E especialmente ao estimado professor, Joaquim Alencar, pela sua brilhante orientação.

Aos meus amigos e amigas, que embora não tenham contribuído diretamente, estão sempre ao meu lado.

Pelo dia de hoje e suas bênçãos, devo ao mundo uma atitude de agradecimento.

“O saber a gente aprende com os mestres e os livros.
A sabedoria, se aprende é com a vida e com os
humildes”.

Cora Carolina

RESUMO

O Direito de Família sofreu grandes modificações após a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar, facilitando a sua conversão em casamento. O legislador forneceu oportunidade de muitas famílias constituídas à margem do direito, merecendo o mesmo respeito, antes reconhecido apenas às famílias constituídas pelo casamento. Posteriormente à Carta Magna de 1988, foi editada a Lei nº 8.971/94, que dispõe a respeito do direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, logo depois, foi editada a Lei nº 9.278/96, que regulou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Em seguida foi promulgado o Código Civil brasileiro, que trouxe um capítulo próprio e específico ao tratamento e regulamentação da união estável e os Direitos Sucessórios dos companheiros, que obteve relevante inovação. No entanto, o presente trabalho, focaliza o polêmico tema da união estável, em especial a questão sucessória entre os companheiros, em face da vigência da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, no tocante ao artigo 1.790, que foi retrógrado nas conquistas até então assegurados àqueles que optaram pela conveniência sem formalidade.

Palavras-chave: Família. União Estável. Companheiros. Casamento. Sucessão.

ABSTRACT

Family law has undergone great changes after the 1988 Federal Constitution, which in article 226, § 3, the stable union recognized as the family, facilitating its conversion into marriage. The legislature provided an opportunity for many families formed outside the law, deserving the same respect, first recognized only with families by marriage. Subsequent to our Constitution, was enacted Law No. 8.971/94, which has about the right to food and mates of the succession, soon after it was enacted the Law No. 9.278/96, which regulated the § 3 of article 226 of Federal Constitution. Then promulgated the new Civil Code, which brought its own chapter and specific treatment and EU regulations and Stable inheritance rights of his companions, who obtained relevant innovation. However, this work focuses on the controversial issue of Stable Union, in particular the question of succession among the companions, given the enactment of Law No. 10406 of January 10, 2002, in relation to Article 1790, which went against the grain of achievements so far provided to those who have opted for convenience if formality.

Keywords: Family. Stable Union. Companions. Marriage. Succession.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DA FAMÍLIA	11
2.1 ESBOÇO HISTÓRICO	11
2.2 CONCEITO DE FAMÍLIA	14
2.3 A VISÃO ATUAL DA FAMÍLIA	16
3 DA UNIÃO ESTÁVEL	18
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	18
3.2 CONCEITO	22
3.2.1 Terminologias Utilizadas	23
3.2.2 Distinção entre União Estável e Concubinato	25
3.3 CARACTERIZAÇÃO E REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL	26
3.3.1 Características	27
3.3.2 Requisitos	28
4 FONTES E AMPARO AOS COMPANHEIROS	30
4.1 UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	30
4.2 AS LEIS DOS CONVIVENTES	32
5 O DIREITO SUCESSÓRIO EM FACE DA UNIÃO ESTÁVEL	34
5.1 DA MEAÇÃO	34
5.2 DO DIREITO À SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL	37
5.3 DO USUFRUTO E DO DIREITO DE HERANÇA	38
5.4 DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO	40
5.5 INADEQUAÇÃO QUANTO AO POSICIONAMENTO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL ATUAL, QUE REGE SOBRE A SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS	41
6 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

A Família ao longo dos tempos vem sofrendo uma série de alterações, frutos de profundas mudanças ocorridas no seio da sociedade mundial, bem como do desaparecimento de determinados dogmas e princípios considerados inabaláveis, que conseqüentemente impuseram alterações legislativas.

O capítulo I retrata os primeiros grupos humanos divididos em família, que se formaram pela real necessidade de convívio com aqueles de sua espécie, seja para superar os obstáculos morais, seja pela simples necessidade de reprodução. Sendo tal convivência totalmente desregada. Refere-se também, a relação familiar do Direito Romano, onde a família era dotada de uma hierarquia, na qual, se encontrava no topo o chefe da família, representado pelo pai (esposo). Aos poucos, estes valores foram desaparecendo, logo em seguida a mulher passou a gozar a posição de pessoa física plenamente capaz, apta a exercer por si só seus direitos. Com isso, formou-se a família moderna.

No capítulo II, veio a lume a união estável, grande inovação no Direito de Família, pois foi reconhecida como entidade familiar, expressão adotada pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, que elenca as características e os requisitos deste instituto. Ainda também, diferencia união estável do concubinato.

O capítulo III faz uma abordagem ao sistema legal da união estável, estabelecendo aos companheiros seus direitos e deveres, trazidos pela Constituição Federal de 1988, que estabelece a família como sendo à base da sociedade, independentemente do casamento. Entretanto, o contexto Constitucional não promoveu uma equiparação entre o casamento e união estável, apenas facilitou a sua conversão. O legislador quis proteger as uniões que se apresentaram como casamento, isto é, tutela aquela união formada por homem e mulher, revestida de solidez, estabilidade, publicidade e com o objetivo de constituir família. Posteriormente, em 29 de outubro de 1994, veio à tona a Lei nº 8.971, que regulamentou o direito a alimentos e sucessão conferida aos conviventes. Logo em seguida, no ano de 1996, no intuito de maiores esclarecimentos sobre a união estável, foi promulgada a Lei nº 9.278 para regulamentar o § 3º do artigo 226, da Constituição Federal, que reconhece a união estável como entidade familiar.

A partir destas Leis, a morte de um dos conviventes foi atraída para o âmbito do Direito das Sucessões. O capítulo IV faz uma abordagem sobre a sucessão dos conviventes e, em especial, à inadequação do artigo 1.790 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que

instituiu o Código Civil brasileiro e trouxe, um capítulo próprio e específico ao tratamento, regulamentação da união estável e os Direitos Sucessórios dos conviventes, mas foram contrariadas as expectativas, pois o Código Civil brasileiro promove um evidente retrocesso ao se tratar de Direito Sucessório.

Pelo exposto, visa o presente trabalho abarcar os direitos e deveres decorrentes da vida em comum entre o homem e mulher, vedando injustiças impostas pelo o artigo 1.790, uma vez que, restringiu a possibilidade de incidência do Direito Sucessório do convivente, a parcela patrimonial da herança que houvesse sido adquirida na constância da união estável, não se estendendo, portanto, àquela outra cota patrimonial relativa aos bens particulares do convivente falecido, isto é, aos bens que houvesse adquirido ou amealhado antes da evolução da vida em comum.

Para tanto, foram realizadas consultas bibliográficas, documentais, pesquisa na internet e contatos com pessoas que convivem em uniões estáveis e, no objetivo de ampará-las, para que seus direitos sucessórios não sejam restringidos, conforme mencionou o legislador ordinário no artigo 1.790 do Código Civil brasileiro.

2 DA FAMÍLIA

2.1 ESBOÇO HISTÓRICO

Desde os mais remotos tempos, o homem procurou convívio daqueles da sua espécie, seja para melhorar os obstáculos naturais; seja pela natural necessidade de reprodução, mas o importante é que se formaram os primeiros grupos humanos, dividindo-se em famílias, que vem passando por transformações sócios-culturais.

A origem da família como instituição grupal, ainda hoje é bastante controversa, devido às inovações na esfera social, política e econômica, principais fatores modificadores da estrutura familiar. Todavia, citadas controvérsias, não impedem a realização de uma análise sobre a evolução da família das nações ocidentais, considerando os registros históricos, documentos e escritos literários desde Roma até os dias atuais.

Esta análise tem por finalidade, proporcionar a visão das principais transformações ocorridas no seio familiar, tornando possível uma melhor compreensão da concepção atual da família.

Na época Clássica de Roma, a estrutura familiar fundava-se no modelo tipicamente patriarcal, tendo como figura principal da família romana o *pater familias*, ou seja, o ascendente mais velho, ainda vivo, é que reúne os descendentes sob autoridade, formando a família, enfeixando em suas mãos todos os poderes necessários à boa manutenção, que no Direito Romano era denominada de família *próprio jure* ou *família patriarcal* propriamente dita. Além desta, havia a família *communi jure*, composta por aqueles que mantinham o vínculo de parentesco masculino (parentesco dos agnati), ou seja, daqueles parentes que descendiam de um mesmo homem. Também existia, uma espécie de parentesco com maior amplitude, que era *gens* (a reunião de indivíduos que traziam o mesmo nome, ou reunião de pessoas que acreditavam descenderem de antepassado comum). Em relação ao parentesco feminino (cognatio) em Roma era considerado meramente natural, sem qualquer outro efeito a não ser o de criar impedimentos para o casamento. (DANTAS, 1991).

O conceito de família romana referia-se ao conjunto de pessoas sujeitas ao poder de um único dirigente (*pater familias*), que era a família *próprio jure*, ou pessoas que tinham um elo de consangüinidade, isto é, pessoas descendentes do mesmo homem (*communi jure*), ou de alguma forma aquelas que traziam o mesmo nome formando *gens*.

A esse respeito, ensina Miranda (1939, p. 46): “O *pater familias* e as pessoas sob seu poder eram reunidas entre si pelo parentesco civil (agnatio). Esse laço, que persistia mesmo após a morte do chefe e mesmo entre os filhos tornados *sui jûris*”.

O casamento no Direito Romano não encontrou disciplina orgânica, portanto, não foi conceituado com instituto jurídico. Tendo somente substância subjetiva, representada pelo elemento *affectio maritalis*, que era o desejo do homem viver com a mulher para sempre, estando configurado o *animus* do casamento substância objetiva, que era o elemento *deductio in domum mariti*, ou seja, a transferência da mulher para casa do seu marido. Assim, caso um dos elementos acima citados deixasse de existir, o casamento não tinha mais razão de ser, exigindo naturalmente a dissolução do matrimônio.

Pelo que foi exposto, em Roma era fácil diferenciar o matrimônio do concubinato, este era uma união de duas pessoas sem o elemento *affectio maritalis*, como por exemplo, a união da liberta com o seu patrono, que era muito comum entre os romanos. Já no matrimônio estavam presentes os dois elementos, tanto o objetivo como o subjetivo.

A constituição do grupo familiar como fenômeno desenvolvido naturalmente, não restava provada a existência de um período de promiscuidade sexual. (GOMES, 1999).

Outra corrente a esse respeito, que é defendida por Melo (1933, p.17), é que: “os fatores da constituição da família foram em primeiro lugar, o instinto sexual e, em segundo, a conservação da prole, pois a família patricia tinha por princípio a razão social, já que em Roma tudo girava em torno da propriedade”.

O Cristianismo influenciou as principais transformações sofridas na família romana, pois o poder absoluto do chefe de família, chocava-se com os princípios liberais, ditados pela doutrina cristã ao recriminar a violência.

A família primitiva na Grécia era uma instituição que tinha essencialmente, base política e religiosa, mas tinha as mesmas características quanto ao tipo patriarcal familiar romano e esta era representada como um todo integrante na sociedade.

Depois do surgimento do Cristianismo, a igreja passou a legislar através das normas que denominou Cânones, formando o Direito Canônico, que tinha como tema principal à família e em especial o matrimônio, considerado um Sacramento, assim como Batismo, a Comunhão e Extrema-Unção, que através do qual afastava a concupiscência. Com isso, a Igreja passou a entender que todas as outras uniões entre homem e mulher fora do casamento era união precária, passíveis de dissolução, apresentando como concubinato.

O Direito Canônico não desconhecia o concubinato como instituição legal. Então, Santo Agostinho admitiu o Batismo da concubina, desde que ela se obrigasse a não deixar o

companheiro. Santo Hipólito negava o matrimônio a quem o solicitasse para abandonar a concubina, salvo se por ela fosse traído. Assim, no primeiro Concílio de Toledo, no ano de 400, foi autorizado o concubinato de caráter perpétuo. Depois, a igreja mudou de posição e impôs excomunhão aos concubinos, que não se separasse depois da terceira advertência. (VIANA, 1999).

Nas relações pessoais entre os cônjuges, o Direito Canônico procurou implementar a idéia de igualdade moral entre os nubentes, retirando a mulher da posição de inferioridade mantida no Direito Romano e também formulou princípios para orientar a convivência do casal.

Verifica-se, portanto, que o Direito Canônico desconhece a união livre, apenas reportando à comunidade material entre homem e mulher por meio do casamento que era a Lei Divina. O seu elemento objetivo a ser considerado era a cópula, ou seja, para os canonistas, é a constituição carnal que é o elemento objetivo do matrimônio.

Durante a Idade Média, além das influências do Direito Romano e Canônico na família, surge ainda outra, que é o Direito Bárbaro. Os bárbaros adotaram também o Cristianismo. Assim, a Idade Média sofreu três influências marcantes e poderosas. Dispõe Dantas (1991, p. 54):

Os Bárbaros, porém, sofriam, com o decurso do tempo, a influência do Direito Romano. Era este um Direito muito mais adiantado, muito mais completo, de sorte que começava por suprir as lacunas na organização jurídica dos vencedores, e acabava por influir mesmo nos institutos que eles tinham organizado, alterando-lhes a indole ou aproximando-os dos modelos romanos mais evoluídos.

Na família germânica era o pai o chefe da família, que possuía o pátrio poder, sendo conhecida pelo tipo paternal, e a esposa era reservada uma posição moral elevada. Entre os germanos, celebrava-se o casamento perante a reunião de homens livres, posteriormente perante os juizes e, depois perante um só juiz, que representava a comunidade. Assim, foi como surgiu o casamento Civil, que é celebrado nos dias de hoje.

A partir de então, a igreja começou a se preocupar no sentido de intervir, para que o casamento fosse celebrado, com efeito, Civil, adotando medidas para certificar a intenção de que os nubentes tinham de receberem o sacramento do matrimônio e também a certeza de que ambos não estavam proibidos para contrair tal união. Com isso, surgiram os impedimentos matrimoniais que tinham o objetivo de evitar a realização do casamento que contivesse algum vício, para que no futuro essa união não fosse desfeita. Lutero criticou a idéia do casamento

como sacramento, e defendia que o casamento Civil já supria todas as necessidades para que essa união fosse válida.

Alguns países, inclusive o Brasil, passaram a admitir a coexistência entre os casamentos Civil e religioso.

A união de fato de pessoas de sexo diferente, embora tenha sido sempre numerosa no Brasil, não foi devidamente regulada no Código Civil de 1916, pois este teve como fonte inspiradora o Código de Napoleão, que silenciou a respeito, sendo também fonte inspiradora de diversas codificações modernas. Os nossos civilistas tradicionais compreenderam que a união sem casamento era um fenômeno estranho ao Direito de Família.

A nível internacional, sente-se de forma mais acentuada a preocupação sobre o assunto. Foi na França, que surgiu a primeira lei a respeito do concubinato, no século XIX, dispondo que esse tipo de relação girava em torno do reconhecimento da paternidade legítima.

Assim, lentamente, as normas que vigoravam foram perdendo suas forças e se ajustando aos fenômenos sociais, que não poderiam mais ser ignorado. possibilitando o reconhecimento dos direitos gerados pela união livre.

2.2 CONCEITO DE FAMÍLIA

Advém do latim *fâmulos*, que quer dizer escravo doméstico. Isto porque, a princípio, entre os romanos, o termo família não se aplicava aos cônjuges, e aos seus filhos, mas tão somente aos escravos, ou seja, a família era o conjunto doméstico de uma casa. (FARIA, 1991).

No decorrer do tempo, houve uma grande mudança a respeito da família, passando esta a ter uma definição, com pluralidade de significado e de difícil conceituação. Apesar disso, os estudiosos concordam de forma unânime que a família é a célula básica de toda e qualquer sociedade.

Em primeiro lugar, busca-se mostrar e analisar com observância que a família é antes de tudo um fato natural, uma obra da natureza, não sendo algo fictício idealizado por homem partindo daí o seu conceito. Assim, tendo grande importância, desde os primeiros povos existentes.

Entende-se a família como comunidade humana estável, que tem suas raízes no vínculo de sangue e se apóia na realidade matrimonial, ressaltando-se a sadia comunhão conjugal.

Na visão de Gomes (1999, p. 33), o vocábulo família é:

Em acepção lata, compreende todas as pessoas descendentes de ancestral comuns, unidos pelos laços de parentescos, às quais se ajuntam os afins. Neste sentido, abrange, além dos cônjuges e da prole, os parentes colaterais até certo grau, como tios, sobrinho, primo e os parentes por afinidade, sogro, genro, nora e cunhado.

Consoante Nogueira da Gama (1998, p. 33):

(...) numa acepção mais restrita, a família consiste no grupo composto dos cônjuges e seus filhos. Nesse grupo mais restrito se desenvolvem maiores efeitos nas relações familiares, sendo de se destacar que sob tal significação a família desenvolve o princípio da solidariedade doméstica, de vida em comum e cooperação recíproca.

Sendo assim, família deve ser considerada sob o ponto de vista estrutural, podendo ser conceituada como grupo de pessoas ligadas pelo o vínculo de consangüinidade, ou melhor, os descendentes de um tronco em comum.

Segundo Rodrigues (2002, p. 06), a família se apresenta: “Como instituição que surge e se desenvolve do conúbio entre o homem e mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado, que nela vê a célula básica da organização social”.

A doutrina classifica a família em três espécies: a legítima, que tem por base o casamento; a ilegítima, produto de relações extramatrimoniais e a adotiva, constituída através do vínculo de adoção, gerando parentesco Civil entre as partes da adoção. Contudo, esta classificação caiu em desuso, baseada no tratamento legal e igualitário dado a todos os filhos advindos ou não do casamento. Isso se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, § 6º.

Baseando-se nas várias significações que a palavra família possui, conclui-se de forma genérica que a família pode ser constituída pelo parentesco ou pelo casamento. Esta situação tornou necessária a reformulação do conceito de família a fim do que o mesmo se adeque à realidade atual.

2.3 A VISÃO ATUAL DA FAMÍLIA

Pode-se constatar uma grande evolução na noção do que é família. O conceito de família tradicional vem sendo complementado pelo surgimento de um novo conceito de família.

A Constituição Federal promulgada em 1988 da mesma forma aponta a íntima relação entre família e a sociedade, tendo a especial proteção do Estado. No ordenamento jurídico atual foram inseridos princípios distintos daqueles conhecidos da família tradicional, uma vez que, o casamento deixou de ser o único modelo legítimo de união entre o homem e a mulher, eis que no § 3º do artigo 226, da atual Constituição Federal, passou a reconhecer a união estável como entidade familiar. Como já foi dito, a família é um fato natural, que preexiste a qualquer instituto criado pela sociedade para regulamentá-la, como casamento, e sendo assim, o direito não podia negar a existência de uma família originada de união civil e a ela atribuir conseqüências jurídicas.

As relações extramatrimoniais, no entanto, mesmo que atualmente sejam constitucionalmente protegidas, não se confundem com o matrimônio: as primeiras são ligações entre pessoas de sexos opostos que tem o propósito de vida em comum, facilitando a lei a sua conversão em casamento. A segunda é aquela originada pelo casamento.

A posição de Cahali (1996, p. 03), na análise da família no contexto atual comenta:

Constata-se da análise objetiva o texto constitucional ter sido mantida a histórica qualificação da família como base da sociedade, e, ao mesmo tempo, apartando-se do tradicional amparo à família constituída nela união entre homem e a mulher, ou seja, comunidade formada por qualquer dos dois e seus descendentes.

No entanto, houve entendimentos contrários à progressão constitucional, aparando-se na afirmação de que a proteção legal à união estável trouxe uma fragmentação familiar, como bem expressou o jurista Said Cahali, (1995, p. 13):

É exatamente nesta notória mutação dos conceitos básicos, nestes 'novos critérios' a que se submetem às relações de grupo societário, especialmente agra sob a pressão apologística da relação concubinária sob forma de 'entidade familiar', que reside à crise da família, na exaltação de pretensos valores novos e contingentes, e que se assinala pelo enfraquecimento gradativo da disciplina familiar, pela desconsideração paulatina do significado do vínculo matrimonial, pelo relaxamento dos costumes, pelas liberdades e concessões de toda ordem como justificativa do descarte de

preconceitos tradicionais, criando com isto um quadro favorável ao aumento progressivo das separações entre cônjuges, em clima prenhe de irresponsabilidade pela sorte da família legalmente constituída e da prole, estimuladoras de uniões estáveis, mas inevitavelmente efêmeras pela possibilidade de dissolução arbitrária, sem forma nem figura de juízo.

Apesar de posições contrárias que insistem em reconhecer o caráter exclusivamente do casamento como entidade familiar, negando as inovações e fatos protegidos pela Constituição, a doutrina e a jurisprudência declaram sua admissão ao instituto da união estável, como espécie mantenedora da família.

Existe ainda, um outro grupo familiar sob amparo do texto Constitucional, estabelecido por adoção, que juntamente com guarda e tutela, configurará a família substituta, segundo fundamento na lei nº 8.069/90, no seu artigo 28.

Não há como ignorar as mudanças no âmbito familiar, sugerindo cada vez mais tipos de famílias que, seja por opção ou movidas por forças circunstanciais, vive em companhia de pessoas das quais independem de relação de parentesco consangüíneos ou afins. Assim, essas famílias que são fundamentadas em valores psicológicos da intimidade do ser humano, devem ser protegidas, pois são os retratos da democracia. Daí o Direito brasileiro ter reconhecido diversas formas de entidades familiares, não podendo estas deixarem de obter a proteção do Estado.

3 DA UNIÃO ESTÁVEL

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A união de pessoas de sexo diferentes, fora do matrimônio, é antiga, posto que os registros da História das instituições sociais e jurídicas fornecem a certeza de sua existência em todas as épocas, independente de qualquer planificação legal, sempre acompanhou as estruturas familiares.

Ao tratar do concubinato entre os povos antigos, noticia a existência de costumes do povo localizado à margem do Eufrates, antes da consolidação da Babilônia, no sentido do dono da casa fornecer hospedagem aos visitantes. Entregando-lhes as próprias mulheres. Diz ainda que, entre os pastores moradores de outra parte da Caldéia, a vida sexual não tinha regras, instalando-se a concupiscência, em face das normas religiosas, nos chamados cultos de Vênus e de Milita. (DIAS, 1984).

Os hebreus, descendentes dos caldeus, foram os mais praticantes de relação sexual fora do matrimônio, pois lá reinava a poligamia como resultado natural dos costumes na época existentes, a exemplo de Salomão, que chegou desposar setecentas mulheres, todas de boa condição, inclusive a filha do faraó, o rei do Egito, e tinha, além disso, trezentas concubinas. (DIAS, 1984).

Na Grécia Antiga, da mesma forma, admitia-se o concubinato adotando-se os cultos a Vênus e a Adônis, exaltando os sexos, acreditando no amor. nas preferências e excesso amoroso, na falta divina. Com o sistema de poligamia, não havia distinção entre filhos legítimos ou não. Mais adiante, Licurgo, rei-legalista, buscou afastar as práticas existentes entre os gregos, editando leis, que instituiu definitivamente a monogamia. Estas posteriormente foram completadas por Sólon.

A partir de então, as concubinas passaram a formar uma classe à parte, sujeita à regulamentação própria. Destaca-se a figura Aspásia, professora de retórica, que por ser considerada estrangeira, não podia casar-se com Péricles. Assim viveram juntos em concubinato público e Histórico. Antes Aspásia, tinha sido concubina de Sócrates e Alcebiades.

No Egito também há notícia da existência de relações concubinárias, inclusive de forma generalizada a partir da chegada de cortesão à Grécia, sendo que o Alcorão, aceita que

o homem passe a se unir até com quatro mulheres, em um único ato ou de forma sucessiva, admitindo a poligamia no Direito Mulçumano.

No Direito Romano havia várias formas de uniões, dentre elas, estava o concubinato, que consistia numa comunidade mútua de vida onde a concubina não desfrutava a condição de mulher legítima, não podendo assim, usufruir a posição social do companheiro. Também nesta época, patrícios e plebeus uniam-se apenas pelos fatos e sem afeição matrimonial, postos impedidos de constituírem a formal e Sacramental da união. Tempos depois, o instituto foi aceito de forma secundária, contudo, não demorou muito tempo e logo foi novamente considerada união ilegal, no período do Imperador Constantino.

Sob a influência do Direito Canônico, várias reformas foram feitas, o que se tornou visível à preocupação de colocar o casamento como forma legal de união, estabelecendo de forma clara e distinta entre filhos legítimos e naturais. Mas em seguida, Justiniano reconheceu direitos de prole provenientes de união livres, sendo a ela atribuída grande importância, visto que era composta de filhos espúrios, como eram os resultantes de outras relações fora do matrimônio. Passou-se a ser estabelecido efeito pessoal e patrimonial entre concubinos.

Na idade Média foi inegável a admissão da união estável, como ato que gera efeitos jurídicos, como instituição organizada. O Direito Canônico também não ignorou a sua existência. Contudo, depois de imposta a forma pública de celebração, modificou-se a posição da igreja e o Concílio de Trento imposto excomunhão aos concubinos que não se separassem após a terceira advertência.

Junto ao Renascimento veio também o movimento da reforma, o qual debilitou o poder da Igreja Católica. Essa se sentiu ameaçada, buscou fortalecer seu poder através da contra reforma, tomando providências para tal, como: a proibição do matrimônio presumido; estabelecimento da obrigatoriedade do matrimônio somente ser contraído perante um pároco, em cerimônia pública, com duas testemunhas; criação dos religiosos paroquiais para registro dos matrimônios; proibição do concubinato, com penas de excomunhão e qualificação de hereges para os que infringissem a regra. Depois do século XVI, a Igreja Católica era tão forte, que passou a empregar a força pública para romper as uniões extramatrimoniais.

Os povos bárbaros e celtas também presenciaram as uniões estáveis, destacando-se o relevante papel da mulher como companheira, afastando as discriminações que lhes eram feitas, quando equiparados à mulher casada. No entanto, outros povos tais como germanos, por sua vez, não admitiam o concubinato, valorizando somente o casamento. Já os visigodos e os lombardos puniam severamente aqueles que insistiam na igualdade de uniões. Os Francos

por sua vez, negavam qualquer direito necessário aos filhos de concubinas, e os Eslavos, apesar da presença do concubinato entre eles, só reconheciam como legítimo o matrimônio realizado sob a benção da Igreja. Os costumes católicos se difundiam entre os povos, desestimulando os costumes lascivos, e a devassidão.

Na Idade Contemporânea é possível sentir de maneira mais acentuada a procura da legislação com esse tipo de relação. Os Tribunais Franceses chamados a se pronunciar sobre as causas propostas por concubinas, consideram as ditas relações como sociedades com caráter econômico e como obrigação natural quando havia promessa de certas vantagens à ex-companheira. Assim, em 1912 a História Mundial viu a França demonstrar que não ignorava a existência da relação extramatrimonial, porém como a França sofria influência do Direito Canônico, negou-se a reconhecer efeitos jurídicos à união de pessoas quando não realizada como a sociedade matrimonial.

O Código de Napoleão não pronunciou a respeito da matéria e, sendo o mesmo influenciador das codificações modernas, entre elas o Código Civil brasileiro de 1916, onde tais uniões sempre foram tidas como situações contrárias a moral, sendo-lhe negados efeitos jurídicos, porém, não podiam negar a existência das relações concubinárias. Assim, a jurisprudência francesa teve de elaborar soluções para os casos concretos que se apresentavam. Então, os Tribunais Franceses foram chamados a examinar pretensões fundadas em relações concubinárias, considerando-as como sociedade em caráter econômico e como obrigações naturais, se houvesse promessa de vantagem à ex-companheira.

A partir de então, em 1872 a Corte em Paris, se sentiu a necessidade da regulamentação da união livre. Em 1883, o Tribunal de Renes assegurou a retribuição de serviços prestados aos concubinos. E, finalmente em 16 de novembro de 1912 surgiu a primeira lei a respeito do tema, dispondo que o concubinato notório gerava reconhecimento de paternidade ilegítima. Essa lei proporcionou o surgimento de debates sobre a questão, gerando outras leis sobre o assunto.

No Brasil, a legislação Civil codificada reflete o pensamento da Burguesia Agrária Cafeeira que detinha o poder político e econômico e manipulava a Política Nacional. Foi evidente a influência do Direito Canônico na formação desses valores e indiscutível a força da religião e da moral na formação dos vínculos familiares e na adoção das soluções legislativas.

De acordo com a História, as relações de uniões estáveis foram abundantes, mas o Código Civil de 1916 não dava maior relevo a família originada do concubinato, preferiu seguir os dogmas morais da sua época e não tratar daqueles que viviam esse tipo de união. O

legislador apenas referiu-se no que diz respeito ao reconhecimento do filho natural, porém, no seu artigo 358, proíbe o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos.

Posteriormente ao Código Civil de 1916, e até mesmo antes da Constituição Federal de 1988, algumas leis ordinárias foram editadas, objetivando a dar amparo às situações fáticas de evidentes injustiças. O Decreto Lei nº 6515, no seu artigo 51, estatuiu o reconhecimento durante a vigência da sociedade conjugal, desde que fizesse por intermédio de testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e nessa parte, irrevogável. Também esta mesma lei permitiu a concubina usar o nome do companheiro se viverem juntos por cinco anos, no mínimo, dispõe, o artigo 57.

A lei nº 4.069/62, artigo 5º, § 3º e 4º. privilegia a concubina como beneficiária de pensão deixada por servidor civil, militar, ou autárquica, solteiro, desquitado ou viúvo, que não tenha filhos capazes de receber o benefício e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento.

A companheira era na vigência a lei nº 7.087/82 dependente do segurado perante o Instituto de Previdência dos Congressistas – IPC, sendo também dependente do trabalhador rural, segundo o Dec. nº 73.617/74.

A lei nº 7.210/84 (lei de execução penal), artigo 41, permite a companheira visitar o preso e autoriza este a sair de estabelecimento em caso de falecimento dela, (artigo 120).

A jurisprudência, paralelamente, vinha atribuindo direitos à concubina como o de reconhecer que, mesmo sem casamento, sua participação era importante na vida familiar.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, foi reconhecida a união estável entre o homem e mulher como entidade familiar. Pondo fim, a discriminação em relação à família através do concubinato, dispoendo no § 3º, do artigo 226 que: “Para efeito de proteção do Estado é reconhecida à união estável entre o homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Depois, foram editadas as leis de nºs 8.971/94 e 9.278/96. A primeira contemplou o direito à sucessão e aos alimentos. A segunda, mais abrangente, considera a união estável qualquer tipo de união entre homem e mulher, mesmo impedidos de casar, ainda que tenha convivência inferior a cinco anos e não tenham prole em comum.

No que diz respeito a estes dispositivos mencionados, Diniz (2001, p. 297) se posiciona da seguinte forma:

(...) parece-nos que as leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 são inconstitucionais por estipularem o concubinato puro em alguns de seus artigos, mas é inegável que os

direitos e deveres dessas leis encontraram respaldo na jurisprudência e na doutrina, fazendo com que tenha eficácia social. Resta, aceitarmos os seus efeitos jurídicos, antes da incidência normativa, que privilegia o fenômeno da eficácia e não o da validade.

Ressalta ainda Diniz (2001, p. 298):

As leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, apesar de inconstitucionais, enquanto forem eficazes, apresentar-se-ão como novas normas, origens no interior do sistema normativo iniciado efeitos por ela visado. Embora, esse sistema peque pela falta da unidade e de coerência lógica.

Pelo exposto, é inegável o caráter funcional e necessário dessas regras, visto que os fatores modificadores exigem uma estrutura que se adequassem à realidade.

Foram importantes todos os documentos passados para o desempenho na evolução da união estável no Direito Brasileiro, contribuindo de forma significativa para o aperfeiçoamento e alcance dos verdadeiros anseios da união estável.

Anos depois, em 10 de janeiro de 2002, foi aprovado o atual Código Civil brasileiro, trazendo inovações para o Estatuto jurídico da união estável.

3.2 CONCEITO

Devido a vários vocábulos utilizados para expressar a matéria em questão, dificultou a sua compreensão, pois o legislador ordinário não se preocupou em conceituar a relação extramatrimonial, apenas forneceu elementos constitucionais que vieram elencados no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal e nas leis de nºs 8.971/94 e 9.278/96, cujos princípios encontram-se agora consolidados nos artigos 1.723 e 1.727 do Código Civil de 2002. Como decorrência dos dispositivos acima, podemos conceituar este instituto.

A Carta Magna de 1988 confere a proteção do Estado à união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Os elementos citados pelo legislador servem para configurar a juridicidade da relação extra conjugal, estes estão dispostos no artigo 1º da lei 9.278/96, que dispõe: “É reconhecida como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua do homem e da mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família”.

Assim, vislumbra-se facilmente que a união estável se qualifica pela convivência duradoura, pública e contínua de homem e mulher e, finalmente pelo objetivo de constituir família, que traduz uma comunhão de vida e de interesse.

Nas palavras de Viana (1999, p. 29): “União Estável é a convivência entre homem e a mulher alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando constituição de família”.

Pelo exposto, é de suma importância para a configuração da união estável a presença dos elementos: estabilidade, notoriedade, fidelidade presumida dos companheiros, comunidade de vida e que tenha o objetivo de constituição de família.

Segundo Pereira (1995, p. 12): “Considera-se união estável o concubinato more uxório, público, contínuo e duradouro, entre homem e mulher, cuja relação não seja incestuosa ou adúltera”.

Assim, é compreensível a opção legal de não se fazer conceituação deste instituto, sendo comum entender-se que na união estável tem uma forte semelhança com o casamento.

3.2.1 Terminologias Utilizadas

A cerca do tema proposto, são inúmeras as variações denominadas ao instituto, tanto no campo jurídico como na linguagem popular.

No âmbito internacional, utilizam-se variadas terminologias para a união de pessoas sem vínculo matrimonial. Em Portugal, por exemplo, é chamada união de fato, não sendo considerada uma entidade familiar. Na Itália, é conhecida por família de fato. Na Escócia, entende-se por casamento irregular. Na França, é denominada como união livre. Em Cuba, matrimônio não formalizado.

No Brasil, existem várias denominações, dentre os termos que foram sendo utilizados entorno do tema em tela, sendo esta a designação de preferência dos doutrinadores: O *concubinato*, originado do latim *concubere*, que significa estar deitado com o outrem. Na língua portuguesa, o vocábulo tem sinônimos de *concubinagem* a designar *estado de concubina*; *mancebia*. (FERREIRA, 2001). Assim, não pode negar que não se limitava a indicar uma forma de vida, porque, no uso popular, acabou por merecer uma abordagem pejorativa, indicando relação passageira, sem lastro de estabilidade. Entretanto, esta

denominação traz consigo um caráter preconceituoso atribuído aos apegos de valores tradicionais, que reconhecia o casamento como entidade familiar exclusiva.

Por isso, passou-se a diferenciar o concubinato qualificado, que agasalhava a união não legalizada, mas de caráter duradouro, contínuo e estável, havendo aparência de casamento, e a *concubinagem*, que indicava as ligações livres, porém de cunho eventual e transitório de frequência accidental.

Existia também o concubinato em sentido *lato* e em sentido *estrito*. Naquela expressão estava a *união estável* e nesta, a *concubinagem*.

Outras denominações se apresentaram na forma de *concubinato puro*, que era a relação entre homem e mulher sem impedimento para contraírem matrimônio e, o *concubinato impuro*, que se dava entre pessoas de sexos diferentes impedidos de se casarem.

Devido à acentuada discriminação no sentido do vocabulário *concubinato*, que trazia em si uma carga de preconceitos, passou a ter esta relação um valor negativo no sentido moral, sendo este pensamento distribuído pela sociedade. E assim, o legislador achou melhor usar a expressão *união estável* em substituição ao *concubinato*.

A Constituição Federal de 1988 adotou o termo “*união estável*”, inserindo-o no universo familiar, como forma de constituir família.

É relevante esclarecer que, de fato, a expressão adotada pela Lei Maior, ou seja, *união estável*, já havia sido anteriormente usado por vários juristas, dentre eles está o saudoso Gomes (1984, p. 20), referindo-se justamente aos casos das relações familiares fundadas no companheirismo, ressalta que: “A família natural – até a que se constituía pela união estável de pessoas livres – era abominada”.

Com o implemento dessa expressão na Constituição Federal, os pares que a formavam passaram a serem denominados de *companheiros* e não, mais *concubinos*.

Em relação ao companheirismo, tem sentido de convivência íntima; camaradagem; lealdade para com os companheiros apontando os vocábulos *companheira* e *companheiro*, na acepção familiar, como sendo respectivamente esposas. (FERREIRA, 2001).

A jurisprudência passou a distinguir entre *concubina* e a *companheira* no território da capacidade passiva para testamento. Nesta, estava inserida a mulher que vivia com o homem em aparência de casamento. Ela podia ser beneficiada em testamento. No campo previdenciário, a denominação *companheira* foi acolhida.

Em síntese, o legislador substituiu o vocábulo *concubinato* por *união estável*; *concubino* / *concubina* por *conviventes*.

Alguns Juristas já apresentaram outras terminologias como *união informal*, *casamento de fato*, *união livre*, *sociedade de fato*, *família natural*, *companheirato* ou simplesmente *concubinato*.

3.2.2 Distinção entre União Estável e Concubinato

Diferentemente do que muitos entendem, a união estável não é sinônimo de concubinato, pois, naquele instituto o homem e a mulher são livres, sendo, portanto, reconhecida pela Constituição Federal de 1988. Já o concubinato é formado de maneira irregular, revestido de caráter de impedimento de um, ou ambos os concubinos, mantendo uma relação ilegal e adúltera, conforme define o artigo 240 do Código Penal brasileiro.

Na medida em que a união estável passou a ser reconhecida pela Constituição Federal como entidade familiar, e serem delimitadas os seus requisitos e elementos pelo legislador ordinário, vieram estabelecer, claramente a divergência existente entre união estável e o concubinato.

A respeito de tal distinção, é digno o comentário de Gama (2001, p. 136):

O concubinato (...) era visto como forma de união espúria, de convivências clandestinas, ilegítimas e, desse modo, não possuía qualquer repouso jurídico nos seus efeitos. E havia necessidade de se tocar à distinção clara desse tipo de união em relação a outras formas de união, decorrente dos casamentos realizados no exterior sem registro no Brasil (...), dos casamentos religiosos, sem efeito civil, das relações extramatrimoniais mantidas entre pessoas desquitadas e, portanto, impedidas de contraírem novo matrimônio colada à vedação do Divórcio no Direito brasileiro, em decorrência do princípio da indissolubilidade do matrimônio.

Tem-se, pois, que o concubinato é uma união espúria, ilegítima, de convivência clandestina, que tem como elemento inerente uma situação de infidelidade, sem nenhum respaldo jurídico.

De modo diverso, a união estável é o meio legítimo de constituir uma família, por aqueles que não tenham impedimentos referentes à sua união.

Visando a combater o incesto ou impor condições éticas decorrentes de vínculos civis ou hostilizar o crime, ou ainda, preservar a pureza da vontade através de impedimentos, o Estado previne o surgimento de matrimônio que são inviáveis, pois os que persistem na

união, só encontram o caminho do concubinato. Por isso, o legislador só previu a conversão em casamento da união estável.

O próprio mestre Bittencourt ensina (1969, p. 32): “União Livre e entre homem e mulher, fora do matrimônio. Essa reação, em frase de Savaten, se designa em estilo nobre, por União Estável, em estilo menos nobre, por concubinato. Concubinato – São idéias semelhantes abrangendo uma e outra relação”.

A diferenciação entre união estável e concubinato é de uma relevância para fixar os efeitos positivos e negativos aplicáveis, não apenas em razão de vedações e restrições, mas também para a perfeita adequação das disposições normativas mais recentes.

3.3 CARACTERIZAÇÃO E REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

Pelo disposto na legislação, podem-se detectar os elementos que constitui a união estável e assim enumerar suas características:

a) *estabilidade*; b) *notoriedade*; c) *unicidade de vínculo*; d) *continuidade*; e) *objetivo de constituir família*; f) *informalismo*.

Para validade deste instituto, é necessário que seja preenchido os requisitos objetivos e subjetivos da união em questão:

Requisitos objetivos:

a) *diversidade de sexos*; b) *ausência de impedimentos matrimoniais*; c) *comunidade de vida*; d) *lapso temporal de convivência*.

Requisitos subjetivos:

a) *convivência more uxório ou coabitação*; b) *affectio maritalis ou animus de constituir família*.

Adiante a análise das características e requisitos.

3.3.1 Características

A união estável, sendo um Instituto de um sistema de Direito, possui componentes característicos que, uma vez observados, prestam-se a reconhecer sua natureza jurídica, distinguindo-se de todos os demais eventos fáticos.

a) A *estabilidade* vem expressa na Constituição Federal de 1988, como elemento caracterizador da União Estável, pois o legislador deseja proteger as uniões que se apresentam com elementos norteadores do casamento. No entanto, não podemos considerar união estável, uma simples relação sexual, mesmo que repetidas, uma vez que este elemento tem como consequência a durabilidade, isto é, a união tem que se prolongar no tempo, não podendo ser tipificada como momentânea e eventual.

b) *Convivência notória* é no sentido de ser reconhecida socialmente, ou seja, que a união entre o homem e mulher seja reconhecida dentro do ciclo de amigos, familiares e vizinhos etc., como se casados fossem, pois união secreta tem caráter de clandestinidade, assim não terá o colorido da união estável.

c) A *unicidade de vínculo* entre o homem e mulher também deve ser verificada, visto que, na união estável, os conviventes devem ser livres e desimpedidos, pois a idéia central é no sentido de que existe somente um único vínculo para ambos os companheiros, devendo-se tratar de união monogâmica, ao contrário se houvesse outro vínculo amoroso, tornava-se a união irregular, não apenas sob o ponto de vista matrimonial, mas sob a ótica da presença de companheirismo no Direito de Família, ferindo os princípios morais, adotados pela sociedade. Assim, não seria alcançado pela proteção constitucional.

d) A *continuidade*, também citada pela lei, complementa a estabilidade, pois, a união extramatrimonial deverá ser ininterrupta, permanente, sem sobressaltos, verificando-se a solidez do relacionamento, não sujeita a abalos e deslizamentos.

No entendimento de Oliveira (1995, p. 108-109):

A convivência duradoura deve ser contínua. O convívio há de ser contínuo, isto é, não pode haver interrupção na convivência, devendo os companheiros conviver continuamente sem interrupção, e não de suspensão, o prazo para caracterização da estabilidade recomeça a correr, não podendo-se somar o período anterior à separação para efeito de caracterizar a estabilidade.

e) O *objetivo de constituir família* que veio elencado no § 3º do artigo 226, da Constituição Federal de 1988 é a consequência dos elementos anteriores, pois, toda união

entre o homem e a mulher, tem o objetivo natural de procriação. Acontece de alguma união não existir filhos, devido o problema de saúde ou questão de idade, mas o fato de não ter alcançado o objetivo de constituir família, não descaracteriza a família existente, pois a união estável significa também comunhão de vida.

f) A caracterização exclusiva da união estável é a *informalidade*, ou seja, a falta de solenidade para a sua formação, bem como para sua extinção. Nesta união inexistem qualquer obrigatoriedade aos partícipes da relação de observarem normas relativas ao casamento ou a qualquer outro ato solene para a formação do companheirismo.

3.3.2 Requisitos

Para configurar a natureza jurídica da união estável no meio social é importante a compreensão de todos os requisitos necessários à sua validade.

Os requisitos se subdividem em *objetivos* e *subjetivos*. Os primeiros são aqueles que dizem respeito às condições pessoais e eventos que independem dos elementos anímicos dos conviventes da união extramatrimonial, que são: a) *diversidade de sexo*; b) *ausência de impedimentos matrimoniais*; c) *comunhão de vida*; d) *lapso temporal de convivência*.

Ao contrário o segundo requisito, *subjetivo*, que é apreciado pela voluntariedade, manifestado pela intenção de conviver maritalmente, que se configura pela: a) *convivência more uxória*; b) *affectio maritalis*.

- *Requisitos Objetivos:*

a) A *diversidade de sexo* vem disposta na norma Constitucional, no artigo 226, § 3º, que a união estável é reconhecida entre o homem e mulher. Essa exigência afasta a possibilidade de inserir, no campo desta união, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. É compreensível a opção legal, porque é comum dizer que a união estável é semelhante ao casamento, e a noção clássica desta instituição repousa na diversidade de sexo. Além disso, que a tutela da união estável para efeito de proteção do Estado, é que a lei deve facilitar sua conversão em casamento. Outro fator é que o legislador ordinário anterior a nossa Carta Magna, visava à procriação. Sendo assim, a diversidade de sexo é fato relevante para configuração da união estável.

b) A *ausência de impedimentos matrimoniais*, a doutrina se manifesta no sentido de somente reconhecer união estável entre pessoas desimpedidas, ou seja, em situação que não configurem o concubinato impuro.

c) A *comunhão de vida* evidencia a semelhança da união estável ao casamento, pois a convivência dos companheiros sob o mesmo teto implica-se na manutenção do efetivo exercício da prática de relações sexuais, como acontece no casamento, que o casal justamente visa pela prosperidade.

d) O *lapso temporal de convivência* trata-se de requisito essencial, pois o simples fato de convivência do homem e da mulher, ser contínua, ininterrupta, com a intenção de constituir família, já se constitui a união estável, independentemente do fator tempo.

- *Requisitos Subjetivos*

a) A convivência *more uxória*, significa a intenção de vida em comum dos companheiros sob o mesmo espaço, mantendo sua vida como se casados fossem, tendo os tratamentos respeitosos, afetuoso, carinhoso, compreensíveis de maneira recíproca e sejam estes sentimentos exteriorizados. Portanto, é um fator importante para constituição da união estável. É bem verdade que a súmula 382 do Supremo Tribunal Federal diz que: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

b) *Affectio maritalis* é o *animus de constituir família*, deve este estar presente ao lado da convivência *more uxório*, sendo um elemento volitivo, a intenção dos companheiros cercados de sentimentos nobres, como o amor, solidariedade, respeito, enfim, a intenção de formar uma família harmoniosa.

Reportando-se ao Direito Romano, observa-se que naquele tempo, o casamento era vivido, mas não contraído. Ele era sustentado pelo *affectio maritalis*, se este desaparece o casamento não tinha como ser mantido. Nota-se que este elemento está presente na união estável, posto que sua constituição e permanência repousam a vontade das partes da relação.

4 FONTES E AMPARO AOS COMPANHEIROS

4.1 UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

No intuito de elaborar um projeto do novo Código Civil brasileiro remota ao governo do Presidente Jânio Quadros o então Ministro da Justiça, Oscar Pedrosa d’Horta, configurou ao jurista Orlando Gomes a tarefa de elaborar um anteprojeto, que sua conclusão foi em 28 de setembro de 1963, data de entrega solene, ao Ministro da Justiça Milton Campos, no governo do Presidente Castelo Branco. Sendo somente, em 1975, originando a mensagem Presidencial nº 160, em junho do mesmo ano encaminhada ao Congresso Nacional, apresentado à Câmara Federal, que recebeu o nº 118, de 1984 (nº 634/75, na casa de origem), onde teve alteração. O mesmo foi aprovado e sancionado pelo Presidente da República, com Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, apesar de vários entendimentos e controvérsias a respeito da matéria, demonstrou como importante para o Direito de Família, em especial a união estável, posto que cria um título próprio para tratar do assunto, acolhendo as posições mais sólidas e dominantes da jurisprudência e doutrina atual.

O Diploma Civil atual revela os rumos tomados pela sociedade e pelo legislador, acerca da união estável, sendo obediente a Constituição Federal de 1988, que considera este instituto como entidade familiar, traçando suas bases fundamentais que lhe concedem a conversão em casamento. E nesse sentido, o legislador não poderia deixar de ressaltar a importância da união estável no sistema jurídico atual e sua regulamentação.

No tocante a competência da matéria de união estável, foi uma inovação trazida pelo o Código Civil, uma vez, que é da Vara de Família.

O Código Civil brasileiro, adequadamente, traz para seu bojo, entre os artigos 1.723 a 1.727, a regulamentação da união estável, antes tratada em legislação esparsa. Merecendo alguns comentários.

O caput do artigo 1.723 reproduz com pequena alteração, a definição contida no artigo 1º da Lei nº 9.278/96.

A diferença ocorre por conta da referência à própria expressão união estável, criada pela Constituição Federal de 1988, não utilizada, na definição do instituto, por nenhuma das duas leis que a regulamentaram (Lei nº 8.971/94 e Lei nº 9.278/96).

No que se refere ao reconhecimento da união estável como entidade familiar, fica disposto no artigo 1.723, que é: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família”.

Pelo exposto, foi exaurido o prazo mínimo anteriormente estabelecido para reconhecer à união estável. Então, para sua configuração é necessário uma vivência comum, o que é incompatível com a relação momentânea, passageira e acidental, sendo caracterizada pela reunião dos elementos citados, como: publicidade, continuidade, durabilidade e estabilidade, tendo como objetivo a constituição familiar.

O parágrafo primeiro do artigo supra citado estipula que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521, não aplicando a incidência do inciso VI nos casos de pessoas casadas se achar separados de fato ou judicialmente.

Essa inovação do Código Civil brasileiro regulamenta algo que já veio estabelecido e aceito pela maioria dos Tribunais, ou seja, pessoas casadas civilmente, mas separadas de fato poderão ser conviventes de união estável, sendo que o prazo de separação não vem estabelecido no código, ficando a critério da doutrina e jurisprudência.

O parágrafo segundo do mesmo artigo possibilita o reconhecimento da união estável mesmo na presença das causas suspensivas do matrimônio (art. 1.523), antes classificadas como impedimentos impeditivos. Assim, mesmo estando presente algumas das causas suspensivas, será possível o reconhecimento da união estável.

O artigo 1.724 do Código Civil reza que: “As relações pessoais entre companheiros o obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Na definição de Gomes (1999, p. 126), os direitos pessoais e materiais: “consistem ajuda e cuidados; ajudam-se os cônjuges mutuamente em todas as circunstâncias da vida, compartilhando dores e alegrias, um confortando o outro na adversidade, um cuidando do outro na enfermidade”.

De acordo com o artigo 1.725, o regime entre os conviventes da união estável é o de comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros.

Assim, o legislador visa proteger o esforço dos companheiros, para construção ou aumento do patrimônio. A respeito trata-se a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

O artigo 1.726 trata-se da conversão da união estável em casamento, mediante pedido de companheiro ao juiz e assento no registro civil. Pois, esta conversão foi prevista pela Constituição Federal de 1988 no seu artigo 226, § 3º. O legislador pretendeu facilitar a conversão do companheirismo em casamento. Portanto, uma vez referida a conversão, ainda que um dos companheiros ou ambos venham a falecer antes da efetiva conversão, não haverá impedimento que o Sr. Oficial do Registro Civil registre a conversão após ultrapassados os trâmites relativos à publicação dos editais, decurso do prazo e registro dos editais, com as conseqüências habilitação e registro de conversão.

Por último, o artigo 1.727, ao dispor que: “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

O legislador fez uma distinção terminológica entre concubinato e união estável, segundo o disposto na Constituição Federal de 1988, que somente legitima relações que preencherem aos requisitos por ela elencados.

4.2 AS LEIS DOS CONVIVENTES

Duas são as leis Federais que versam especificadamente sobre união estável. As Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. A primeira veio especificadamente para disciplinar os alimentos e facultar aos conviventes lançar mão do disposto na lei nº 5.478/68, bem assim garantir o Direito Sucessório; a Segunda veio regulamentar a norma Constitucional (Parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal).

Regra elementar de hermenêutica, esculpida no artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece que: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule interiormente a matéria de que tratava a lei anterior”.

As supra citadas, possibilitaram a concretização dos direitos e deveres dos conviventes. A partir de então os companheiros adquiriram o Direito dos Alimentos e Sucessão, além do direito real de habitação, entre outras vantagens. No entanto, não tendo o legislador de 1996 se manifestado acerca da ab-rogação da lei precedente, e não sendo ambos os diplomas globalmente incompatíveis, há de se investigar se a Lei nº 9.278/96 regulamentou integrantes as matérias e direitos tratados pela Lei nº 8.971/94.

Do ponto de vista técnico, não há como negar que a Lei nº 9.278/96 não disciplina os mesmos direitos regulados pela lei anterior, sendo desprovida, conseqüentemente, de força ab-rogativa que ela se pretende atribuir os temas direito sucessório e direito de alimentos, não fora considerados inteiramente regulados pelo legislador de 1996, já que este não trouxe disposição que revogasse as regras gerais no tocante a mesma matéria, pela lei de 1994. Demais disso, a leitura geral dos dois textos revela a clara intenção do legislador de complementar a disciplina anterior, procurando sanar, aqui e ali, dúvidas e lacunas surgidos à promulgação da lei precedente.

Outra matéria nada pacífica entre as duas leis diz respeito aos elementos característicos da união estável. A lei de 1994 refere-se, para configuração da família de fato, aquela companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele vivia há mais de cinco anos, ou dele tenha prole. A lei de 1996, mais flexível, preferiu-se valer da experiência doutrinária e jurisprudencial, reconhecendo como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e mulher, estabelecida com objetividade de constituir família.

5 O DIREITO SUCESSÓRIO EM FACE DA UNIÃO ESTÁVEL

5.1 DA MEAÇÃO

Anteriormente com a idéia predominante de preservar a família legítima, o concubinato era considerado relação espúria, irregular, incapaz de gerar qualquer efeito jurídico positivo, por isso os tribunais não admitiam qualquer demanda fundada neste tipo de relação, muito menos com relação às conseqüências patrimoniais oriundas da dissolução de tal instituto.

Com o passar do tempo, conviventes deste tipo de relação foram impondo restrições e vedações aos partícipes, passando ser aceita socialmente como união regular entre duas pessoas, dotadas da mesma intenção de formar uma vida conjugal e um patrimônio comum. Assim, foram percebendo as injustiças cometidas quando essa relação se dissolvia e, os tribunais passaram a regularizar os efeitos do patrimônio dos casais não civilmente casados.

Ao cuidar dos efeitos patrimoniais do companheirismo, Rodrigues (2002, p. 288), destaca:

O problema que se propôs, neste e em outros países, com uma grande contundência, foi o dos efeitos patrimoniais resultantes da dissolução do concubinato, quer pela morte de um dos concubinos, quer pela separação do casal, ao fim de extenso período de vida em comum (...) A injustiça de tais situações chamou a atenção dos tribunais brasileiros, que através de vários expedientes, procuraram remediá-la.

A evolução da jurisprudência não se deu de forma tranqüila, surgiram vários entendimentos. Em seguida, diante a expressão esforço comum, deferiu a súmula 380, nos seguintes termos: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com, a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço”.

A idéia foi de proteger a sociedade de fato entre os concubinos, que através do esforço comum adquiriram ou aumentaram o patrimônio existente.

Com o advento da Lei nº 8.971/94, a doutrina se mostrou vacilante no aspecto quanto à manutenção ou não da orientação da súmula citada. Depois do surgimento da Lei nº 9.278/96, a discussão foi reaberta, pois a lei se refere ao regime de bens na união extramatrimonial.

Assim, foi reconhecido o Direito de meação aos conviventes da união estável, que versa sobre o regime de comunhão parcial entre os partícipes.

O Código Civil atual, no artigo 1.725 determina a aplicação do regime da comunhão parcial de bens aos conviventes da união estável, e assim, estes passaram a partilhar todo o patrimônio adquirido na constância da união, como se casados fossem.

Pelo exposto, o reconhecimento da sociedade de fato pode gerar obrigação, advindo com sua constatação, direito a um dos conviventes a metade dos bens adquiridos durante a convivência *more uxória*, desde que tenha ocorrido financeiramente para aquisição dos bens.

Rodrigues (2002, p. 291), a respeito da matéria dispõe:

Solução mais liberal foi a que viu no concubinato a existência de uma sociedade de fato estabelecido entre os concubinos, unem seus recursos e esforços na constituição de um patrimônio comum. Assim sendo, dissolvido a sociedade, cada um dos sócios tem direito a uma parte dos bens comuns.

No tocante aos bens comuns, pode-se dizer que são aqueles adquiridos pelo esforço dos conviventes, visando aumentar o patrimônio.

Portanto, a companheira desenvolvendo inteira atividade econômica fora do lar, portanto, contribuindo fundamentalmente para existência da sociedade concubinária, tem ela direito à meação do patrimônio comum.

Pois bem, o direito da concubina advém de sua participação igualitária ou em proporção de esforço na formação do patrimônio.

Preceitua o artigo 3º, da Lei nº 8.971/94: “Quando os bens deixados pelo (a) autor (a) da herança resultarem de atividade de haja colaboração do (a) companheiro (a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”.

A norma contida neste artigo tem como fundamento a orientação do Supremo Tribunal Federal, exposta na Súmula 380, no sentido de se verificar a colaboração do companheiro sobrevivente para a aquisição de acervo patrimonial deixado pelo falecido. Verifica-se também que o dispositivo se refere tão somente a uma modalidade de dissolução da união estável, que é a morte de um dos conviventes, justamente aquele que seria titular do direito de propriedade de bens adquiridos com o produto de atividades em que houver colaboração do consorte.

Cumpra observar, que o dispositivo não repete a redação do artigo 2º da mesma Lei, na hipótese de adotar técnica distinta para traçar regras referentes ao patrimônio deixado

pelo falecido, pois o artigo 2º, inciso III, dispõe que o companheiro sobrevivido herdará a totalidade da herança por inexistirem herdeiros necessários ascendentes ou descendentes.

A Lei nº 9.278/96 assumiu outra postura, optando por estabelecer presunção legal de que os aquestos resultam do trabalho e da colaboração comum. O seu artigo 5º, assim estipulou que:

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação de contrato escrito.

A norma contida neste artigo, indubitavelmente, melhor do que aquela imposta no artigo 3º da lei nº 8.971/94 cria presunção de comunhão de aquesto dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união mantida entre os companheiros, sendo desnecessária prova de esforço comum, para verificar a existência de comunhão em partes iguais. Também, a norma em análise, é mais abrangente no sentido de dissolução, pois é válido para qualquer espécie de dissolução em vida ou por morte dos conviventes, independentemente do motivo de ruptura.

Em qualquer das modalidades de participação na formação do patrimônio comum, essa participação é, todavia, imprescindível, tanto que presumida pra sua dissolução como pertinente à partilha, posto que a união estável, tal como se encontra estabelecida nas leis mencionadas, de outra forma não tange a orbe do patrimônio do casal.

Quando não se atribuía parte do patrimônio pelo esforço comum, a jurisprudência concebia indenização à companheira, a título de serviço doméstico prestado.

De acordo com essa Lei, para fins de meação, a colaboração não presumia e deveria ser provada em cada caso, restringindo esse direito somente aos companheiros com convivência de mais de cinco anos ou com prole. Diferentemente, da Lei nº 9.278/96, esta estipulava que o sobrevivente, independente do prazo de duração da união estável ou de existência de prole, é meeiro em relação aos bens adquiridos onerosamente na respectiva convivência.

No tocante a esta matéria a doutrina se apresenta mais aberta, enquanto a jurisprudência se mostra conservadora.

5.2 DO DIREITO À SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

O Código Civil brasileiro foi inadequado ao tratar de direito sucessório dos companheiros, trazendo inúmeras dúvidas a esse respeito. Questão de extrema importância é saber se o novo Código Civil revogou integralmente os dois diplomas legais que tratou da união estável, pois a referida lei não optou pela revogação expressa, mas andou na contra mão no que diz respeito ao Direito Sucessório disposto nas legislações anteriores.

A lei nº 8.971/94, muito mal redigida usou da mesma expressão do Código Civil de 2002, ao definir que os companheiros participariam da sucessão do outro. Sendo esta absolvida pelo código vigente que deu maior amplitude e ulterioridade à matéria. E, com supedâneo a última parte do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, revogou integralmente as legislações anteriores.

O Código Civil de 1916, no tocante ao Direito Sucessório, não trouxe qualquer benefício ou previsão aos companheiros. O Direito Sucessório na união estável vem estampado em único dispositivo do Código Civil de 2002, artigo 1.790, local excêntrico, estipula a participação do consorte da união estável na sucessão. O legislador assim classificou, evitando o termo de ordem de vocação hereditária, para que não houvesse críticas sociais. Entretanto, equivocou-se, pois não existem diferenças entre participação da sucessão e herdeiro.

No intuito de regularizar as relações patrimoniais, o legislador disciplinou essa matéria no artigo 1.725 do atual Código Civil, permitindo aos companheiros a elaboração de um contrato escrito para regulamentar seu patrimônio, ou na ausência deste, seja aplicado o regime de comunhão parcial de bens. Aqui, o legislador pecou por omissão, no sentido de não tratar se o contrato escrito poderia adotar um outro regime de bens. Mas, caso isso ocorra, não terá este contrato repercussão no Direito Sucessório.

Neste sentido, Venosa (2002, p.118) dispõe: “Havendo contrato na união estável que adote outro sistema patrimonial, é de se perguntar se este regime terá repercussão no direito sucessório. O legislador deveria ter previsto na hipótese, mas perante sua omissão, a resposta deverá ser negativa”.

Desta forma, o contrato escrito estipulando um regime de bens para os conviventes não terá validade, é como se não existisse, portanto aplica-se o regime de comunhão parcial de bens. (artigo 1.725 do Código Civil).

O convivente somente poderá ser aquinhoadado com o patrimônio mais amplo daquele adquirido pelo esforço comum, se caso, estiver um testamento, considerando ainda, que o artigo 1.850 do Código Civil, fala que o testamento pode excluir os herdeiros colaterais.

Em face do inciso III do artigo 1.829, ao seu lado, não se deve acrescer o companheiro supérstite, pois este tem disposição específica a respeito, na qual se menciona que ele tem direito à totalidade da herança, apenas quando não houver outros parentes sucessivos (artigo 1.790, inciso IV do Código Civil) e havendo estes (ascendentes e os colaterais) terá direito apenas um terço.

Ou melhor, o direito à sucessão do companheiro, nasce apenas quando termina o direito do ascendente e dos colaterais do de cujos, com este, antes, concorre com o direito o um terço. (artigo 1.790 do Código Civil).

O Código Civil vigente foi omissivo no tocante ao direito real sobre coisa alheia (usufruto e direito real de habitação). O direito do companheiro supérstite é de propriedade plena (artigo 1.784 do Código Civil), nos termos e condições do artigo 1.790.

Ressaltou também a Lei Civil referências à herança vacante, pois só terá vacância, as que não houver cônjuge, companheiro, ou parente sucessível (artigo 1.844). Tratou também da dignidade (artigo 1.814) e a deserdação (artigo 1.963, III).

Pelo exposto, conforme o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, o diploma atual revogou inteiramente a Lei nº 8.971/94. E, em relação à Lei de nº 9.278/94, permaneceu em vigor a matéria que trata do direito real de habitação do supérstite sobre o único imóvel residencial dos conviventes, pois o código atual foi omissivo a este respeito.

5.3 DO USUFRUTO E DO DIREITO DE HERANÇA

A Lei nº 8.971/94, em seu artigo 2º, inciso I e II instituiu o direito de usufruto ao companheiro supérstite na eventualidade da existência de herdeiros de classe anteriores quando do falecimento do de cujos, reza o seguinte:

Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participaram da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

I - O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos deste comuns.

II - O (a) companheiro (a) terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes.

III - Na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Diante da circunstância do companheiro sobrevivente não adquirir a propriedade de qualquer dos bens do de cujos, pela sucessão legítima, a lei buscou protegê-la atribuindo o direito real de usufruto em parte ideal do patrimônio deixado.

Assegura aos conviventes sobrevivo, o Direito do Usufruto de quarta parte dos bens do falecido em havendo filho deste ou comuns. Terá direito a metade dos bens deixados pelo autor da herança, se não houver filho, embora sobrevivam ascendentes. A participação do usufruto varia, conforme tenha ou não filhos, ou ascendentes.

Relativamente os bens sobre os quais devam incidir o usufruto, devem ser calculados sobre a universalidade dos bens do falecido, mas aqueles integram a legítima (testamento em favor de estranho), nestes o usufruto não pode incidir.

O Direito Sucessório de usufruto se extingue, quando o companheiro sobrevivente contrai uma nova união. O fundamento desta extinção é o desaparecimento do motivo que ensejou a concessão do direito sucessório, qual seja, a situação do desamparo em que se encontrava o companheiro sobrevivente.

O convivente como usufrutuário tem direito a exercer posse, uso, administração e perceber os frutos. Assim também será obrigado a restituir o bem aos herdeiros caso ocorra à extinção do usufruto, no estado em que o bem lhes foi entregue, ressaltando os desgastes e estragos decorrentes do tempo e do uso moral.

O Direito de herança vem disposto no inciso III. da Lei nº 8.971/94, que disciplina a totalidade da herança ao companheiro sobrevivente na falta de ascendente e descendente, é de menor importância social, talvez, mas com reflexos jurídicos atualmente significativos e polêmicos, pois o companheiro teria direito necessariamente a toda herança, o que foi modificado, pelo Código Civil atual.

Esse direito à herança, que não pode ser confundido com Meação, já era estabelecido em benefício do cônjuge sobrevivente, conforme previsto na ordem de vocação hereditária. Devido ao seu significado jurídico, esta é a forma, de equiparação mais importante em relação à união estável e o casamento.

5.4 DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

A Lei nº 9.278/96, em seu artigo 7º, parágrafo único, introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro o direito sucessório de habitação entre os companheiros, fazendo-se nos seguintes termos:

Art. 7º. Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes do que dela necessitar, a título de alimento. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá o direito real de habitação, enquanto viver e não constituir uma nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Neste sentido o direito real de habitação recai sobre o imóvel destinado à residência da família. O que a norma pretendeu foi tutelar o supérstite, assegurando-lhe moradia.

O instituto tem a índole de protetora, buscando a preservar a residência em que o casal viveu durante toda constância da relação.

A Lei não distingue entre o imóvel adquirido, pelo esforço comum e o imóvel integrante do patrimônio pessoal do falecido. Assim, como a união adota o regime de comunhão parcial de bens é de se pensar, que sendo imóvel adquirido pelo autor antes da união estável afasta o direito de habitação do convivente sobre o imóvel, mas na realidade, sendo o imóvel, residência de família o direito real de habitação persiste, pois o fato gerador deste direito é o destino do imóvel para a moradia da família.

A esse respeito, Oliveira se pronuncia (1997, p. 251):

Foi uma conquista dos conviventes em termos de sucessão. Na verdade, não tinha sentido a Lei nº 8.971/94 ter conferido direito de propriedade de usufruto ao companheiro, e ter silenciado sobre o direito sucessório do convivente sobrevivente é igual ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

É importante salientar que nos termos da lei nº 9.278/96, não se impôs à condição da existência de prole para efeito de reconhecimento do companheiro em período inferior a cinco anos, tal como exigia a lei nº 8.971/94, razão pela qual os requisitos para configuração do instituto do Direito Sucessório de habitação eram mais flexíveis do que aqueles constante na lei de 1994. Assim, independentemente da existência ou não de filho comum do casal,

artigo 1º desta lei, repor-se-á a convivência duradoura, como requisito objetivo do lapso temporal para aquisição do direito real de habitação.

O convivente titular do direito real de habitação não pode ser compelido a extinguir o condomínio, nem está obrigado a pagar o aluguel aos herdeiros, desde que esteja morando no imóvel.

O Direito Real de Habitação vigora enquanto o sobrevivente não constituir nova união estável ou vier a se casar.

5.5 INADEQUAÇÃO QUANTO AO POSICIONAMENTO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL ATUAL, QUE REGE SOBRE A SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS

O Código Civil brasileiro traça em apenas um único dispositivo o direito sucessório dos companheiros, que dispõe o seguinte:

Art. 1790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência a união estável, nas condições seguintes:

I - Se concorrer com os filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Este artigo aloca-se, no atual Código Civil, no capítulo denominado disposições gerais e do título da sucessão em geral. Sendo encontrado de maneira inadequada, uma vez que esta regra é na verdade uma suposta ordem de vocação hereditária para hipótese de união estável. Por essa razão deveria estar alocada neste passo de regulamentação e não daquele.

Além de mal colocado, o legislador usou a expressão participará da sucessão, ao invés de herdeiro, para classificar o companheiro/ e companheira quanto ao direito de sucessão, como se houvesse alguma diferença entre herdeiro e mero participante da herança. Fazendo-se uma discriminação dos conviventes da união estável e as pessoas conviventes do casamento.

Outra distinção é que o companheiro passa a herdar somente o conjunto de bens adquirido na vigência da união estável, enquanto no sistema anterior não existia tal limitação,

pois poderia herdar a integridade do acervo, inexistindo descendentes e ascendentes. A norma representa sensível gravame aos conviventes. Ocorre que, na medida em que haja exclusivamente bens pertencentes ao de cujos desde da data anterior ao início da relação e, supondo não haver descendentes nem ascendentes, o patrimônio irá todo para o Estado, não ficando o convivente nem se quer com o direito real de habitação sobre o imóvel, onde por ventura resida, nem com usufruto, uma vez que, tais direitos, forem assegurados pelas leis nºs 8.971/94 e 9.278/96.

Neste sentido, o artigo 1.725 do Código Civil atual, trouxe o regime da comunhão parcial de bens, caso não exista contrato escrito para reger o patrimônio da relação para ser adotado por esta entidade familiar. Diferentemente do regime adotado no casamento, onde os seus participantes poderão fazer a escolha do regime de bens a ser adotado.

É um retrocesso evidente, pois a matéria sucessória disposta na legislação Civil atual, não teve o escopo de preservar a equiparação entre os conviventes da união estável e a situação dos casados, que foi protegida pela Constituição Federal de 1988, uma vez, que elevou a união estável à condição de fonte originária de entidade familiar, convertendo-a em casamento. Depois, na década de 90, duas leis foram promulgadas, as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, que regulamentarem, entre outras coisas, o direito sucessório entre os companheiros, buscando imitar as soluções existentes para os cônjuges.

O artigo em análise restringiu a possibilidade de incidência do Direito Sucessório do companheiro ou convivente, à parcela patrimonial da herança que houvesse sido adquirido na constância da união estável, não se estendendo, àquela quota patrimonial relativa aos bens particulares do convivente falecido, isto é, aos bens que lhe houvesse adquirido antes da vida em comum.

O limite estipulado pelo legislador, em face do companheiro suceder apenas à parcela que foi adquirida na constância da união estável, ocasionou fortes diferenças à relação entre o falecido e o sobrevivente se estes, fossem casados. Assim, colocou o companheiro em posição inferior com relação ao direito sucessório do cônjuge.

Em observância ao artigo 5º da Lei nº 9.278/96, é possível recordar que o companheiro já ocupou a posição de meeiro, relativamente a o acervo patrimonial adquirido durante a convivência em união estável. Dispõe o referido artigo:

Art. 5º. Os bens móveis e imóveis adquiridos por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Tanto neste artigo como no artigo 1.790, o legislador restringiu a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente, apenas aos bens que tenham sido adquiridos na vigência da união estável, confundindo meação e herança. Discriminando o direito do sobrevivente companheiro ou sobrevivente cônjuge.

Contudo, o Direito Sucessório do companheiro sobrevivente tem origem diversa da meação, pois herdar significa obter patrimônio deixado por alguém que falece; e a meação se dá quando a união se dissolve devendo os bens comuns aos conviventes ser divididos.

Como se vê, teve uma posição inadequada o legislador ou foi descuidado com a realidade do direito sucessório entre conviventes.

Desse modo, consoante os termos peremptórios do caput do artigo 1.790, o convivente só poderá ser aquinhoadado com o patrimônio mais amplo do que o constituído pelos partícipes da relação se os bens forem deferidos por meio de testamento, deixados pelo convivente falecido.

Em compensação, o artigo analisado, amplia em outro aspecto o Direito Sucessório, uma vez que, passa o convivente da união estável a concorrer em igualdade de condições com filhos comuns. Se a concorrência se der apenas do filho do *de cujos*, receberá a metade do que cada um deste couber. Esta suposta ordem de vocação hereditária foi sem dúvida, favorável ao companheiro, uma vez que, passou a concorrer com os descendentes e ascendentes do falecido.

A regra do inciso III consagra uma notável injustiça, quando a concorrência do convivente se dar em igualdade com os parentes colaterais, hipótese na qual o primeiro receberá apenas um terço da herança. Assim, um colateral de quarto grau poderá receber o que foi atribuído ao convivente. Trata-se de outro retrocesso, pois a regra da lei nº 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes e ascendentes. Vejamos o artigo 2º da lei citada:

Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participaram da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

I - O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos deste comuns.

II - O (a) companheiro (a) terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto a metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes.

III - Na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Esta Lei, de acordo com a Constituição Federal equiparou os direitos sucessórios do companheiro aos do cônjuge, questão esta, que o legislador atual não levou em consideração, pois também concorrerá na herança com o companheiro o vulgarmente denominado tio-avô ou primo irmão do seu companheiro falecido e o que não é digno ao companheiro.

Assim, se morre alguém que vivia em união estável, os primeiros a herdar serão os descendentes em concorrência com o convivente supérstite. Na falta também desde serão chamados os colaterais até o quarto grau, ainda em concorrência com o convivente, uma vez que, afinal são também chamados parentes sucessíveis. E só na falta destes é que será chamado o convivente remanescente para, ai sim, adquirir a totalidade do acervo representado pelos bens comuns adquiridos na vigência da união estável.

O inciso IV atribui direito à totalidade da herança, inexistindo outros parentes sucessíveis. Interessa verificar se o dispositivo refere-se à totalidade dos bens adquiridos na constância da relação, como dispõe o caput, ou se abrange todos os bens, mesmo adquiridos em período anterior.

É importante ressaltar que a ordem de vocação hereditária do artigo 1.829, não inclui o companheiro na união estável. Na verdade, como havia melhorado a posição do cônjuge sobrevivente naquilo que respeita aos problemas de ordem sucessória, nas previsões da legislação Civil atual, ampliando os direitos que lhe assistem, esperava-se que o convivente supérstite mantivesse sua condição respeitada, podendo desta forma, garantir a igualdade de direitos em comparação aos cônjuges sobreviventes, fazendo valer o texto Constitucional do artigo 226 em toda sua completude.

Conforme a visão de Veloso (2001, p. 237):

Ora, se a família, base da sociedade, tem em especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas às famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sócias, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.

Como se verifica, o direito sucessório do companheiro é flagrantemente discriminatório, em comparação como posição reservada ao cônjuge, nada justificando essa diversidade de tratamento legislativo, quando todo o sistema jurídico à luz da Constituição

Federal de 1988 recomenda proteção à união estável em forma de entidade familiar equiparada ao casamento.

6 CONCLUSÃO

A união estável, componente de um sistema de Direito, gerada espontaneamente na sociedade com a finalidade de aproximação de indivíduos para convivência marital e procriação é considerada a célula formadora da entidade familiar, ou melhor, é a base da sociedade. Portanto, incumbe ao Estado a difícil tarefa de promover o fornecimento de condições materiais, estatuidando as regras impositivas necessárias, de modo a permitir o pleno desenvolvimento das famílias.

Neste sentido, a regulamentação legislativa que foi elaborada a partir da Constituição Federal de 1988 representa um marco histórico na evolução do Direito da Família no Brasil, uma vez, que reconheceu a união estável como entidade familiar, deixando o casamento de ser o único Instituto formador e legitimador da família.

Contudo, a norma constitucional, não equiparou a união estável ao casamento, permitindo apenas a sua conversão. Assim, o casamento goza de preferência como forma de constituição de família.

O legislador constitucional trouxe no art. 226 os elementos que foram direitos e deveres entre os conviventes, que são: estabilidade, unicidade do vínculo, continuidade, finalidade de constituir família e o informalismo, sendo estes considerados caracterizadores do instituto e também os doutrinadores elenca como seguintes requisitos essenciais da união estável a: diversidade de sexo, ausência de impedimentos matrimoniais, comunhão de vida, lapso temporal de convivência e ainda convivência *more uxório* e *affectio maritalis*.

Até o Código Civil de 2002 entrar em vigor, os direitos e deveres dos conviventes eram regrados pela Lei nº 8.971/94 e a Lei nº 9.278/96. A primeira disciplinou a matéria referente aos alimentos, facultando aos conviventes lançar mão ao disposto na Lei nº 5.478/68, bem assim garantiu o direito necessário e, a segunda, veio regulamentar a Carta Magna (art. 226, § 3º).

As leis supra citadas, a par de suas importâncias no estabelecimento de efeitos jurídicos em relação aos companheiros, não foram norteadoras no sentido de regulamentar de forma límpida e sistemática o instituto de união estável. Sem adentrar na análise de outros temas, salienta-se que a questão patrimonial durante a união estável desperta uma série de indagações e dúvidas.

Com o advento do Código Civil brasileiro, em especial as matérias necessárias, dispostas no artigo 1.790, que restringiu a incidência do direito de suceder do convivente,

apenas aquelas parcelas de bens adquiridos na constância da união estável, excluindo os amealhados antes da convivência, colocando assim, conviventes de modo inferior, com relação à que ostenta o cônjuge. Portanto, este dispositivo é falho, deficiente e inadequado traduzindo um evidente retrocesso.

Deste modo, não é certo, nem viável que prospere o raciocínio de que a união estável deve propiciar menos direitos e garantias que o casamento, uma vez que se revela, também como fonte de formação familiar. Com maior razão, admitiu-se que as diferenças porventura havidas seriam percebidas na hora da morte de um dos conviventes, como mostra a disposto no artigo 1.790 do Código Civil vigente, sendo este inadequado para um texto legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Civil**, 45 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____, **Código Penal**, São Paulo: RT, 2003.

_____, **Novo Código Civil Comentado**. Coordenação Ricardo Fiúza. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, **Constituição (1988)** – Emendas Constitucionais de nº 1 de 31 de março 1992, a 39 de 19 de dezembro de 2002, e pelas Emendas Constitucionais de revisão de nº. 1 a 6 de 7 de junho de 1994. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____, GOV. **Presidência da República do Brasil**. Legislação. Leis ordinárias nºs 6.515/49; 7.087/82; 7.210/84; 8.971/94; 9.278/96; 8.069/90; Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 01 de setembro de 2010.

_____, **Suplemento do Tribunal Federal**. Súmula nº 380 (sociedade de fato). <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 01 de setembro de 2010.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Concubinato**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1985.

CAHALI, Francisco José. **União Estável e alimentos entre os companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 8 ed. São Paulo: RT, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Adahy Lourenço. **Direito de Família e das Sucessões**. 2. Ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 1984.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. 2. Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FARIA, Ernesto. **Dicionário Escolar Latino Português**. Rio de Janeiro: FAE, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo: Uma Espécie de Família**. São Paulo: RT, 1998.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

MIRANDA, Pontes de. **Direito de Família: Direito Matrimonial I**. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1939.

MELO, Batista de. **Direito de Bastardia**. 1993.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, José Maria Leonir Lopes de. **Alimentos e Sucessão no Casamento e na união estável**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

PERREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PIRES, Maria da Graça Moura de Sousa Soramenho. **O concubinato no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Silvio. **Direito Civil v. 7: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VELOSO, Zeno. **Sucessão dos companheiros**. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2001.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da União Estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.