



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

PETRÔNIO HUGO BALTAZAR CAMELO DE SOUZA

**UNIÃO ESTÁVEL EM FACE AO CÓDIGO CIVIL DE 2002 EFEITOS
JURÍDICOS E PATRIMONIAIS**

**SOUSA - PB
2010**

PETRÔNIO HUGO BALTAZAR CAMELO DE SOUZA

**UNIÃO ESTÁVEL EM FACE AO CÓDIGO CIVIL DE 2002 EFEITOS
JURÍDICOS E PATRIMONIAIS**

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 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

**SOUSA - PB
2010**

PETRÔNIO HUGO BALTAZAR CAMELO DE SOUZA

**UNIÃO ESTÁVEL EM FACE AO CÓDIGO CIVÍL DE 2002
EFEITOS JURÍDICOS E PATRIMONIAIS**

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Leonardo Figueiredo de Oliveira
Orientador (Universidade Federal de Campina Grande)
Departamento de Direito Público/CCJS

Jacyara Farias Souza
Departamento de Direito Público/CCJS

Angela Maria R. G. de Abrantes
Departamento de Direito Público/CCJS

Ao meu pai Floriano, que sempre está presente ativamente na minha formação profissional, à minha mãe Marta, que com todo afeto dedica sua vida exclusivamente no cuidar de seus filhos. Aos meus irmãos Linara, Floriano, Joyce e Wellington, que sempre estão presente; aos meus sobrinhos Lohan Lucas, Lívia Maria e Luan, aos meus sogros Damascena e Letice; a minha esposa Lizianny, com seu amor sempre me apóia e da força nas minhas decisões e a Ana Liz, minha filha amada que a cada dia me ensina a arte de ser pai.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao Criador da Vida, nosso Grande Deus por me dar força, sabedoria e discernimento em todos os momentos de minha vida, e por Sua Presença nesse momento tão importante para minha formação acadêmica.

Aos meus pais, Floriano e Marta, primeiramente pelo dom da vida, tudo o que sei e que sou devo a eles, sempre me orientando, e ensinando, sem o apoio deles nada disso seria possível. Aos meus irmãos, Linara Fabiane, Floriano Filho, Joyce Kelly e Wellington Cesar pelo apoio desmedido. Aos meus sogros, Damascena e Letice, pelo grande apoio prestado. A minha cunhada, Lecidâmia, pelos vários momentos de descontração.

A minha esposa, Lizianny Leite, por acrescentar razão e beleza aos meus dias. Com seu desvelo contribuiu de forma decisiva para vencer mais uma etapa da minha vida, compreendendo, ajudando e apoiando, que com seu amor sem limites e sem barreiras me ensinou muita coisa, a mais importante: AMAR INCONDICIONALMENTE. A minha filha Ana Liz, que a cada dia aprendo mais, e é nela que me incentivo mais para lutar por um futuro profissional.

Ao meu professor orientador, Leonardo Figueiredo de Oliveira, pelo auxílio, disponibilidade de tempo, sempre com uma simpatia contagiante, mais que um professor competente, uma grande amigo.

Findo com um muito obrigado a todos os professores do curso de Direito da UFCG

Meu eterno agradecimento a todos que de um modo geral, tornaram possível a realização desse trabalho.

“SOMOS O QUE FAZEMOS, MAS SOMOS, PRINCIPALMENTE, O QUE FAZEMOS
PARA MUDAR O QUE SOMOS”.

Eduardo Galeano

RESUMO

O que leva as pessoas a preferirem pelo relacionamento não-matrimonial é a ausência das solenidades, o que provoca a sensação ao convivente de não se sentir comprometido, pois aparentemente há na união estável uma facilidade tanto na sua constituição como na sua dissolução, já que nesta não há a necessidade de justificativas ou processo judicial. O presente estudo analisou os efeitos jurídicos e patrimoniais da união estável pela necessidade de se demonstrar que apesar de o instituto da união estável e do casamento não serem iguais, ao se considerar a esfera patrimonial da união estável percebe-se que esta é semelhante ao casamento, devido à aplicação do regime da comunhão parcial de bens imposta pelo artigo 1.725 do Código Civil de 2002.

Palavras-chave: União estável; Efeitos jurídicos; Efeitos patrimoniais

ABSTRACT

What takes the people to prefer her/it for the no-matrimonial relationship it is the absence of the solemnities, what provokes the sensation to live together of not feeling commitment, because seemingly there is so much in the stable union an easiness in his/her constitution as in his/her dissolution, since in this no there are the need of justifications or lawsuit. The present study analyzed the juridical and patrimonial effects of the stable union for the need of demonstrating that in spite of the institute of the stable union and of the marriage they be not same, when being considered the patrimonial sphere of the stable union it is noticed that this is similar to the marriage, due to the application of the regime of the partial communion of goods imposed by the article 1.725 of the Civil Code of 2002.

Word-key: Stable union; Juridical effects; Patrimonial effects

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR	11
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL	20
2 CONCEITOS DE CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL	26
3. UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	30
3.1 ELEMENTOS PARA QUE CONFIGURE-SE A UNIÃO ESTÁVEL	35
3.2 DIREITOS E OBRIGAÇÕES ENTRE OS COMPANHEIROS E PARA COM OS FILHOS.....	36
4 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL	40
5 SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL.....	48
6 O CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL	54
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

Com o advento do Novo Código Civil, a união estável ganhou contornos, tendo seus requisitos de constituição dispostos no artigo 1.723 daquele código. Mas o legislador não tratou de todo o tema de forma aprofundada, deixando esta tarefa para a doutrina e a jurisprudência. Para alguns doutrinadores a ausência de formalidades e de regras é característica própria da família de fato.

Os tribunais tiveram grande importância na formação dos direitos dos companheiros, reconhecendo os efeitos previdenciários, trabalhistas, penais, dentre outros, deste instituto.

A própria legislação passou a acompanhar os avanços de tais decisões. Em alguns casos foi necessária aplicação da analogia entre a união estável e o casamento, para que as lacunas legais fossem supridas. E, finalmente, o artigo 1.725 do Novo Código Civil estabeleceu as regras que devem reger as relações patrimoniais dos companheiros, sendo aplicado o regime de separação parcial de bens, caso os conviventes silenciem sobre tais questões.

Assim, a questão que norteou o presente estudo foi: quais os efeitos jurídicos e patrimoniais decorrentes do contrato de união estável?

O presente estudo analisou os efeitos jurídicos e patrimoniais da união estável.

Entretanto, a facilidade de dissolução da união estável está apenas na aparência, pois por não haver um regulamento rígido, como o do casamento civil, os ex-conviventes encontram muitas dificuldades no momento da dissolução do relacionamento, ressalvadas as hipóteses em que os ex-companheiros tenham firmado um contrato de convivência.

Além disso, para os casos em que as partes não pactuam e silenciam, o legislador aplicou as regras do regime da comunhão parcial de bens, prevista para o casamento.

Assim, o estudo se justifica pela necessidade de se demonstrar que apesar de o instituto da união estável e do casamento não serem iguais, ao se

considerar a esfera patrimonial da união estável percebe-se que esta é semelhante ao casamento, devido à aplicação do regime da comunhão parcial de bens imposta pelo artigo 1.725 do Código Civil de 2002.

O tipo de investigação utilizada foi a jurídico-compreensivo, tendo em vista o caráter analítico do procedimento utilizado na pesquisa, decompondo a situação em enfoque em seus diversos aspectos, relações e níveis.

A vertente jurídico-dogmática pautou o andamento da pesquisa, considerando que as investigações têm por objetivo a compreensão das relações jurídicas, com avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico.

Quanto aos raciocínios que foram utilizados, predominou o dedutivo, sem serem desconsiderados o indutivo, o dialético, o hipotético-dedutivo ou outros que se fizeram necessários.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR

A família é um fato natural, uma criação da natureza que surgiu antes do direito e é independente deste. O homem primitivo passou a viver em grupo como medida de preservação e perpetuação da espécie. Por este prisma, a família originou-se da necessidade de sobrevivência do homem, e posteriormente se tornou a *célula mater* da sociedade. Hoje, a família tem estrutura mais complexa e função mais abrangente, além das necessidades básicas, a família moderna estabelece um vínculo afetivo entre seus integrantes. Euclides de Oliveira (2003, p. 24) apresenta um apanhado geral sobre as relações entre os indivíduos que integram a família:

Em suma, a família é ponto de convergência natural dos seres humanos. Por ela se reúnem o homem e a mulher, movidos por atração física e laços de afetividade. Frutifica-se o amor com o nascimento dos filhos. Não importam as mudanças da ciência, no comércio e na indústria humana, a família continua sendo o refúgio certo para onde ocorrem as pessoas na busca de proteção, segurança, realização pessoal e integração no meio social.

Em sua condição de fato social, a família pode ser constituída de forma diversa a disposta na lei, no caso o casamento. O casamento é uma convenção social e o fato natural nem sempre se submete à legislação vigente, pois este é muito restrito, ignorando algumas modalidades de família natural. Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da família natural foi consagrado no artigo 226, §§ 3º e 4º, onde há o reconhecimento constitucional da união estável e da família formada por um dos pais e seus descendentes.

O conceito de família é dividido em duas concepções pelos doutrinadores, uma ampla e outra restrita. Em sentido amplo, a família é representada pelo conjunto de pessoas com o mesmo ascendente, ou melhor, com vínculo de parentesco, matrimônio e afinidade, esta também é chamada pela doutrina de "grande família". O professor Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 13) define a família em sentido amplo:

Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano

geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados).

A família em sentido restrito ou família nuclear é aquela formada pelos pais e seus descendentes. Para a ilustre autora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p.04), entre outros doutrinadores de renome, esta concepção mais restrita, retrata a família em sua forma mais atual, pois é nesta modalidade que podemos observar os maiores efeitos decorrentes das relações familiares na modernidade, qual seja a solidariedade e cooperação recíprocas, além da vida em comum. Para efeitos tributário, fiscal e previdenciário, a “pequena família” ou família nuclear, é que possui sentido relevante, principalmente em matéria de imposto de renda.

Atualmente, a estrutura familiar ganhou sentido sociológico, que se encontra acima de regras ou formalidades sobre sua constituição, visto que o objetivo principal dos pais, ou da família, é criar e educar seus filhos para a sociedade. Esta obrigação de assistência dos pais com os filhos menores ou com os filhos maiores, porém em formação, está no artigo 229 da CF/88. Alguns doutrinadores destacam, para tanto o elo psíquico da entidade familiar, sendo irrelevante a forma de constituição.

Neste sentido, e por força da legislação vigente, não se pode fazer qualquer distinção com relação à legitimidade ou não dos filhos, ou se o vínculo familiar se constituiu através de adoção, união estável ou casamento; além disso, como já foi dito, a família é um fato natural e não uma convenção. O doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 43), em seu livro “O companheirismo: uma espécie de família” fez uma análise sociológica da família moderna:

As famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade, sob o prisma político-ideológico, fundando-se em valores existenciais e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam os valores autoritários, materiais, patrimoniais e individualistas que nortearam a família matrimonial.

Conclui-se irrelevante a forma como foi constituída, a família tem direito a proteção do Estado, e esta proteção existe para que a aquela tenha condições de

gerar um indivíduo apto a conviver em sociedade, e alcançar a satisfação pessoal dentro desta. A partir deste momento a família passa a ser o “suporte emocional” do indivíduo, perdendo o caráter exclusivamente econômico ou de procriação, e deixa de ser simplesmente um fato natural para se tornar, também um fato cultural. Esta nova característica da família se deve a uma função que passa a sobrepor às demais, a transferência de cultura e educação aos filhos.

Para tanto, foi necessária a evolução da legislação, sendo as “famílias alternativas” reconhecidas. No caso da união estável, o reconhecimento jurídico ocorreu após longo período de mudanças influenciadas pela cultura e principalmente pela religião.

Inicialmente este reconhecimento se originou de nossos julgadores, que transpondo os limites da legislação da época, atribuíram à realidade fática das uniões informais direitos não concedidos até então, esses julgados eram baseados em princípios jurídicos voltados à distribuição da justiça.

A evolução da família ao longo dos tempos ocorreu, concomitantemente, com a evolução do próprio ser humano. Inicialmente, as pessoas não se agrupavam em famílias com a mesma estrutura formal da família moderna.

Até o início do século XX os relacionamentos, assim como a estrutura social e os costumes, se distinguem do que temos atualmente. Para parte da doutrina os relacionamentos tinham caráter liberal, onde todas as mulheres pertenciam a todos os homens, ou simplesmente, relacionamentos poligâmicos. De qualquer forma, não havia grandes formalidades: tratava-se de um período marcado por intensa promiscuidade. Entretanto, é difícil classificar o comportamento sexual dos homens e mulheres deste período, visto que há poucos registros sobre o assunto.

Há, por outro lado, respeitáveis doutrinadores discordando da promiscuidade atribuída ao período, como o professor Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 24), que acredita ser a promiscuidade contrária à essência do ser humano, sendo este exclusivista. Segundo ele, durante a sua evolução histórica, a família passou pela organização matriarcal, onde a certeza da maternidade foi determinante para o estabelecimento das relações de parentesco.

Para alguns povos antigos, como os babilônicos, as relações sexuais eram consideradas verdadeiros rituais sagrados, havia uma mistificação do sexo, por imposição de normas religiosas, como nos cultos de Vênus e de Milita, conforme os relatos feitos por Rogério Wassermann e Sérgio Ruiz Luz, em sua reportagem: “Sexo à moda romana”, na edição da Revista Veja de 15 de março de 2000 (p. 70 a 74). Ou ainda, o dono da casa e anfitrião, além de oferecer comida e hospedagem aos visitantes, entregava-lhes as suas mulheres; não havendo, para a sociedade da época qualquer imoralidade em tais situações.

Neste momento não havia distinções entre os filhos, se legítimos ou não. O rei-legista Licurgo impôs leis que visavam acabar com a prática da poligamia. Tais leis posteriormente foram complementadas por Sólon, desta forma a monogamia foi instituída, passando a ser proibido o relacionamento extra-matrimoniais. Estas mudanças nos hábitos e valores, também com influência religiosa, provocaram a diminuição deste tipo de relacionamento com o passar do tempo, entretanto não extinguiu o concubinato (WASSERMANN; LUZ, 2000).

A família ocidental tem como parâmetro de estudo a família romana, esta se organizava segundo o poder patriarcal, sendo assim, tem sua estrutura muito parecida com a família existente aqui no Brasil por volta do século XIX (WASSERMANN; LUZ, 2000).

Essa estrutura patriarcal se baseava na religião, onde o *pater familias* funcionava como chefe supremo da família, ocupando cumulativamente o cargo de chefe, magistrado e sacerdote. Ele possuía poder de decisão sobre a vida e morte de toda família, podendo inclusive, vender um dos filhos ou até mesmo repudiar unilateralmente a própria esposa, sendo que nem mesmo os chefes da cidade poderiam interferir nas decisões do *pater familias*. Fustel de Coulanges (2002, p. 45 e 46), em sua obra “A cidade antiga” demonstra a influência da religião na família patriarcal, sobrepondo até mesmo fatores naturais:

A família antiga seria, pois, uma associação religiosa, mais que uma associação natural. [...] a mulher só será levada em conta quando a cerimônia sagrada do casamento a tiver iniciado no culto; que o filho deixa de fazer parte da família quando renuncia ao culto ou quando se emancipa; o filho adotado, ao contrário, se torna verdadeiro filho para a família, quando, embora não tenha laços de sangue, passa a ter na comunhão do culto algo melhor que isso; o legatário que se recusar a adotar o culto dessa família não fará jus à sucessão; enfim, como parentesco e o direito à

herança são regulamentados não pelo nascimento, mas de acordo com os direitos de participação no culto, conforme o estabeleceu a religião.

As relações entre homem e mulher sempre foram influenciadas pela religião, por este motivo o matrimônio era elemento essencial à família romana. Com a ascensão do cristianismo, a mulher que antes era apenas objeto de direito, agora é sujeito do matrimônio. O casamento deixa de ser um simples acordo de vontades e passa a ser um ato religioso, na forma de sacramento, pois a igreja católica o considerava necessário à existência natural do ser humano.

Assim mesmo, no Direito Romano o *concubinatus* era amplamente aceito e difundido, principalmente entre a população mais pobre, ou no caso de relacionamentos ilegais. O concubinato era considerado uma espécie de casamento de segunda classe, onde existia a convivência duradoura entre homem e mulher, mas não havia a *affectio maritalis*, elemento primordial ao casamento propriamente dito. Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 31), “a *affectio maritalis* é elemento subjetivo do casamento, sendo de difícil definição, mas perceptível” devido a alguns fatores:

Assim, a *affectio maritalis* podia ser identificada pelo “tratamento de esposa” conferido pelo marido à mulher, associando-a à sua condição social, aos seus costumes, ao seu nome e ao seu *modus vivendi*. Ademais, no plano íntimo das relações humanas, a *affectio maritalis* era a intenção, o desejo do homem viver com a mulher para sempre, estando aí configurado o *animus* do casamento.

Em Roma havia três tipos de casamento: a *confarreatio*, era o casamento dos patrícios e se realizava de forma solene; a *coemptio* se realizava entre os plebeus; e a *usus*, casamento onde o homem adquire a posse da mulher após um tempo de convivência, sem que ela deixe a casa deste homem. Essas três formas de casamento, posteriormente se converteram no casamento civil, integrando o *jus civile* romano.

Além destas, havia outras espécies peculiares de união entre homem e mulher, naquela época, como é o caso do casamento *jus gentium* também chamado *sine connubio*, neste pelo menos um dos nubentes era estrangeiro. A união de fato entre escravos, ou onde um dos nubentes é escravo, é chamado *contubernium*. Esta

união não tinha nenhum efeito jurídico, sendo assim, o único vínculo que se formava entre o homem e a mulher era de mera afinidade.

A terceira forma de união entre os romanos, diversa do casamento, é o *concubinatus*, já citado anteriormente, que se tratava de uma união livre realizada entre homem e mulher desimpedidos, sob o mesmo teto, com aparência de casamento, sem a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*. Isto é, a concubina não era considerada mulher legítima daquele homem, além de não desfrutar da posição social de seu companheiro.

Em Roma as diferenças entre as classes sociais eram marcantes, a sociedade se dividia em primeira classe, ocupada pelos patrícios, e uma segunda, onde os plebeus ficavam. O que determinava esta divisão era o nível financeiro e intelectual.

Não havia possibilidade de mistura entre as duas classes através do casamento legalmente instituído naquela época, sendo assim, tais uniões tornaram o concubinato freqüente entre os romanos, pois foi a melhor solução encontrada. Por esta divisão de classes, o *concubinatus* foi realmente um casamento de segunda classe, a concubina não ocupava a posição de esposa e nem de meretriz, ela ficava entre uma e outra de forma intermediária.

Embora aceito, o concubinato só foi reconhecido como instituto do direito romano com criação da *Lex Julia e Papia* pelo imperador Augusto, que criou várias sanções em face da prática de determinadas uniões extra-matrimoniais, e ainda definiu situações como estupro e adultério. Com a vigência desta lei, as uniões sexuais fora do casamento eram punidas como *adulterium* ou como *stuprum*, entretanto, a punição dependia da mulher com quem o homem se relacionava, em matrimônio legítimo ou união. Pois havia duas exceções: se a mulher da respectiva união ou casamento fosse uma escrava, atriz, meretriz, dentre outras, ao homem seria permitido manter com ela relações sexuais sem sofrer qualquer punição (*nuptiae injustae et illegitime*); ou se o concubinato fosse formado entre homem e mulher romanos, livres e sem parentesco (*injustae nuptiae et legitime*). O autor Álvaro Villaça de Azevedo (*apud* LIMA, 2001, p. 28) explica a *Lex Julia e Papia* do ponto de vista social, e ainda conclui a sua importância para a normatização do concubinato:

[...] a *Lex Julia et Papia Poppaeade maritalibus ordinibus* criou rígidos impedimentos de natureza social a uniões conjugais com mulher de situação inferior, e a *Lex Julia de adulteriis* cominou inúmeras sanções às uniões extraconjugais com mulheres *ingenuae et honestae* (ingênuas e de categoria social honrada) considerando puníveis esses fatos, como *stuprum* ou *adulterium*, palavras estas que não significavam à época, respectivamente, violência e infidelidade conjugal, mas relação extraconjugal ilícita.

[...]

[...] essa legislação, como visto, acabou por regular, de modo indireto, o concubinato, contribuindo, grandemente, à difusão do mesmo instituto no período do direito pós-clássico, especialmente à época dos imperadores cristãos. Diga-se que a aludida *Lex Julia de adulteriis* isentava de penalidade a relação concubinária.

Sendo assim, o concubinato foi reconhecido pela lei, mas a concubina ainda não era reconhecida como esposa legítima e não desfrutava da condição social do companheiro. Os filhos resultantes desta união não poderiam ser reconhecidos, era como se não tivessem pai, só poderiam integrar a família da mãe, entretanto não se confundiam com os filhos decorrentes de uniões incestuosas. Além disso, a condição de concubina não era considerada uma desonra, nem o nascimento de seus filhos, perante a sociedade da época.

No período do Imperador Constantino, sob forte influência da Igreja Católica, foi revogada a *Lex Julia e Papia*, tornando o concubinato ilegal. Foram, ainda, instituídas punições para o concubinato, com o objetivo de despertar um maior interesse dos romanos pelo casamento. Como forma de incentivo, Constantino admitiu que os romanos que viviam em concubinato o convertessem em matrimônio, desta forma também legitimariam os filhos frutos desta união. Neste momento houve uma distinção clara entre os filhos naturais e os legítimos (LIMA, 2001).

Estas modificações a cerca do concubinato foram impostas pelos imperadores por força do Cristianismo, segundo o qual os romanos que viviam em concubinato, estavam em pecado, contrariavam a vontade de Deus. Neste momento, a Igreja e o Estado eram um só.

O objetivo da Igreja Católica era tornar o matrimônio a modalidade preferencial de constituição da família romana, pois naquela época o concubinato era mais freqüente e aceito pela cultura romana, ocorrendo até mesmo dentro dos conventos, o que ameaçava a estrutura da própria igreja. Esta associação do

concubinato ao pecado e como ato proibido perdurou por toda a Idade Média até o início da modernidade. O ilustre autor Fernando Malheiros Filho (1998, p.13), traz um comentário interessante sobre os motivos e contradições da Igreja Católica ao se posicionar contra o concubinato:

Essa tradição de rejeição ao concubinato, já manifestada pelos romanos da Era Cristã, finca-se após o fim do Império, pela força da Igreja Católica, em que se pese manipulada sempre com bastante hipocrisia, pois que conhecidos os casos de Reis, Imperadores e Papas que se entregavam à volúpia, praticando adultério e havendo filhos bastardos dessas relações ilícitas (Carlos Magno, Papa Leão III, Papa Alexandre VI, entre outros).

Apesar das imposições e da forte doutrina do Direito Canônico e da própria Igreja Católica, o Imperador Justiniano teve que reconhecer os filhos resultantes do *concubinatus legitimus*, sendo obrigado a reconhecer este tipo de concubinato como um *semi matrimonium*. Para tanto o casal deveria atender a alguns requisitos: ambos deveriam ter capacidade para contrair o matrimônio, não poderiam ter vínculo de parentesco, ser a convivência longa e duradoura, a união deve ser monogâmica, além da ausência do *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*, não sendo possível contraírem matrimônio apenas por impedimentos decorrentes das diferenças sociais existentes entre o casal (MALHEIROS FILHO, 1998). Logicamente, o concubinato legítimo não pode ser conseqüência de estupro, incesto ou adultério.

O autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 99) demonstra em um trecho de sua obra, que a reputação e a origem da mulher, ora concubina, tinha grande importância para a sociedade da época, pois era dada importância diferentes ao relacionamento concubinário, conforme a reputação da mulher, sendo impostas algumas formalidades:

Havia tamanha preocupação com tal questão que se uma mulher *honest*a e *virgem* consentisse em ser concubina, o enlace deveria ser realizado por meio formal, sob pena da união ser considerada ilícita sob a modalidade de *stuprum* e, com a constituição do concubinato, ela perdia a sua posição na sociedade e o título de *mater familiae*, que representava sinal de distinção e honra para a mulher romana.

Portugal e Espanha, países colonizadores do Brasil, também foram influenciados pelo Direito Canônico, o que refletiu diretamente em suas ordenações. As Ordenações eram leis portuguesas que funcionaram como as primeiras normas brasileiras.

As Ordenações Afonsinas, em 1446, fazem poucas referências sobre o concubinato, considerando o concubinato impuro crime e punido com rigor, proibiu também que o homem casado doar, vender ou deixar em testamento bens à sua concubina. Embora rígidas, as regras das Ordenações Afonsinas toleraram a “união estável”, e suas disposições perduraram por muito tempo, tendo sido repetidas nas Ordenações Manuelinas em 1521 e, posteriormente nas Ordenações Filipinas em 1603.

Em 1563, com o Concílio de Trento o concubinato foi proibido, sendo que no em casos extremos, poderia ser punido até mesmo com a pena de morte. Esta era a pena aplicada às concubinas de clérigos e padres, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 101).

Com o Concílio de Trento, o casamento indissolúvel apresentado pela doutrina católica se tornou obrigatório, juntamente com suas formalidades. O casamento presumido deixou de existir, e passou-se a exigir o registro dos casamentos nas paróquias, sendo que os concubinos que desobedecessem eram punidos como hereges e excomungados.

As disposições das Ordenações Filipinas continuaram vigentes aqui no Brasil até a Era Republicana. Estas Ordenações trataram da “união estável” (conhecida até então) e o casamento, até a entrada em vigor do Decreto n.º 181, em 24 de janeiro de 1980, que instituiu o casamento civil e todas as formalidades que compõem este ato, o que impossibilitou o reconhecimento do concubinato em qualquer de suas modalidades em território nacional. Apesar de não reconhecer o concubinato neste primeiro momento, e esta reprova ter sido constante por parte da Igreja Católica ao longo dos tempos, a República demonstra a separação do Estado e da Igreja ao instituir o casamento civil.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL

Como em todo direito brasileiro, os precursores do direito de família foram os direitos português e o canônico, defensores da família matrimonial, ou legítima. Como já foi dito anteriormente, as leis que vigiam em território brasileiro eram as Ordenações vindas de Portugal: Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603).

Nesta época, não havia uma regulamentação específica sobre a família de fato, com isso, o Estado, influenciado pela Igreja Católica, defendia a família legítima decorrente do matrimônio. Tratava-se de uma repressão silenciosa ao concubinato que não era tipificado como crime, entretanto, a família de fato não era reconhecida como entidade familiar.

As únicas penas atribuídas aos concubinos, ou a quem que negasse o sacramento do matrimônio, eram as aplicadas pela Igreja Católica, que nesta época temia a propagação das idéias protecionistas aqui no Brasil, como já ocorrera na Europa.

Como estratégia de proteção do catolicismo, foi reunido na Itália o Concílio de Trento, que durou de 1545 a 1563. Neste foram estabelecidas regras rígidas em defesa da doutrina católica, dentre elas, a do matrimônio como única forma de constituição da família, reconhecida pela Igreja, onde quem transgredisse tal regra seria excomungado. Entretanto, com a independência política do Brasil, e por força da Lei Imperial de 20 de outubro de 1823, passaram a vigor no Brasil as Ordenações Filipinas.

Esta ausência de reconhecimento das relações concubinárias, mesmo naquela época, causava grande transtorno às famílias extra-matrimoniais, pois este tipo de relacionamento era muito comum. A autora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 49), comenta a aceitação social da união estável, ressaltando como o aspecto religioso do casamento contribuiu para o repúdio do concubinato:

Note-se que, se casamento é sacramento, a Igreja não permite sua dissolução, o que sem dúvida causa uma situação negativa, em que casais infelizes não podem se beneficiar do refúgio da sua crença. Ressalta-se que ainda é indissolúvel o casamento católico.

Devido à ausência de formalidades, as uniões extra-matrimoniais eram freqüentes, sendo que em alguns casos foi necessário que os Tribunais abrissem exceções, reconhecendo tais uniões, mas mesmo nestes casos, a família legítima se sobrepõe àquela. Neste sentido, Edgard de Moura Bittencourt (1969) apud Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 193), relata que na vigência das Ordenações Filipinas, em seu 4º Livro, título 46, § 2º, em alguns casos os Tribunais chegaram a presumir o matrimônio entre concubinos, entretanto; no título 66 deste mesmo livro, a mulher casada podia reivindicar para si coisa móvel ou imóvel que seu marido tinha doado à concubina, ou a outra com quem aquele se relacionasse sexualmente.

Tais submissões do relacionamento extra-matrimonial, que o colocavam na situação de “família de segunda classe”, eram formas encontradas pelo Estado e pela Igreja, de reprimir o concubinato. Havia inclusive uma diferenciação entre os filhos: os nascidos na constância do casamento, eram chamados *legítimos*; os nascidos de relacionamentos extra matrimoniais, onde os pais viviam em união estável, eram filhos *naturais*; se estes pais posteriormente se casassem, os filhos seriam *legitimados*; entretanto, se fosse o caso dos pais viverem em concubinato impuro, em decorrência de incesto ou adultério, os filhos eram chamados *espúrios*.

Sendo que, devido à sua origem, os filhos teriam direitos diferentes, além das diferenciações decorrentes do patrimônio e da origem de seus pais, se nobres ou plebeus, conforme se pode constatar nos títulos 92 e 99, § 1º, ambos do 4º Livro das Ordenações Filipinas, citados nesta ordem, por Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 194 e 195):

[...] se algum homem houver ajuntamento com alguma mulher solteira, ou tiver uma só manceba, não havendo entre eles parentesco ou impedimento por que não possam se casar, havendo de cada uma delas filhos, os tais são havidos por naturais. E se o pai for peão, suceder-lhe-ão e virão à sua herança igualmente com os legítimos, se os o pai tiver. E, não havendo filhos legítimos, herdarão os naturais todos os bens e herança do pai, salvo a terça, se ao pai tomar, da qual poderá dispor como lhe aprouver.

[...]

E, se o filho não for nascido do legítimo matrimônio, quer seja natural, quer espúrio, ou de qualquer outra condição, a mãe será obrigada a criá-lo de leite, até três anos, e toda outra despesa, assim no dito tempo, como depois, será feita à custa do pai, como dissemos do filho legítimo. E se nos ditos três anos a mãe fizer com o filho alguma despesa, que o pai é obrigado a fazer, poderá em todo caso cobrá-la e havê-la do pai, pois a ela fez em tempo, que ele tinha essa obrigação.

Com o advento do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o casamento civil passou a vigorar como a única forma de constituição de família legalmente reconhecida no Brasil, revogando as demais formas de casamento existentes, como o casamento de fato e o casamento religioso que não possui mais autonomia, sendo considerado concubinato. Neste momento revela-se a separação total entre a Igreja Católica e o Estado Brasileiro.

Posteriormente, a Constituição de 1891, proibiu a dissolução do casamento civil, o que provocou o aumento no número de famílias de fato, e conseqüentemente filhos naturais e ou adulterinos. Sendo permitido apenas o desquite, no entanto, sem o rompimento do vínculo matrimonial.

Para parte da doutrina, este conjunto de fatores foi principal causa da difusão do concubinato na sociedade brasileira, pois mesmo oferecendo a possibilidade de eventual desquite, não era dado ao desquitado a possibilidade de constituir uma nova família com amparo legal. Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 49), traz em seu livro um comentário feito por Adahyl Lourenço Dias sobre as conseqüências da imposição do casamento civil:

Repelindo, porém, o divórcio a vínculo, as leis civis brasileiras se abriram as portas à formação das uniões livres, aumentando a formação o volume da filiação natural ou adulterina, provinda de casais legalmente impedidos de contraírem novo casamento. Permitindo essas leis apenas o desquite, com a separação dos corpos e de bens do patrimônio conjugal, sem quebra do vínculo matrimonial, plantaram o gravíssimo problema antinatural do celibato do desquitado, com sacrifício, especialmente, da mulher brasileira, de quem retiraram, abruptamente, toda sua esperança na constituição de um novo lar.

Apenas em 1977, o divórcio foi autorizado pela Lei nº 6.515, entretanto, o brasileiro que constituiu nova família através da união estável continuou vivendo desta mesma forma, ao invés de se divorciar, e posteriormente contrair outro casamento, como pretendia o legislador. Ocorre que esta solução foi tardiamente abordada pela lei, prevalecendo as uniões de fato, como uma realidade social, com relação à norma vigente. Neste mesmo sentido, o doutrinador Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 193) tece a seguinte observação:

Embora a sociedade brasileira reprovasse o concubinato, também como forma de constituição familiar, no começo do século, o certo é que, com esse número crescente de desquitados, impossibilitados de casarem-se,

eles constituíram suas novas famílias, à margem da proteção legal, cumprindo o desígnio da lei natural de que o homem é animal gregário e necessita dessa convivência no lar.

Mesmo com o surgimento do divórcio entre nós, pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, não surtiu ele o efeito esperado, que todos se divorciassem, para casarem-se após. Preferiu o povo brasileiro, com a nova filosofia liberal, que em seu meio se radicara, continuar mantendo e constituindo sua família de fato, pelas uniões estáveis.

A sociedade que, a princípio, fora hostil à família concubinária, a ela acostumara-se e não reagiu, de início, favoravelmente à solução tardia que lhe deu o legislador pátrio. Realmente não poderiam os desquitados ficar aguardando a Lei do Divórcio, até o final do ano de 1977, para constituírem suas novas famílias.

Em 1912, o Decreto nº 2.681 foi o primeiro a trazer benefícios à companheira, pois o texto legal tratava da responsabilidade das empresas de estradas de ferro pela morte de seus passageiros, estando esta obrigada a indenizar os dependentes deste passageiro, abrangendo entre estes a companheira.

O Código Civil de 1916 não trouxe regulamentação sobre o concubinato puro, mas impôs várias restrições com relação ao concubinato adulterino, como forma de proteger o casamento. Em alguns artigos deste código, o legislador simplesmente reproduziu as sanções que existiam na lei anterior.

No artigo 248, IV, o Código Civil de 1916 permite que a mulher casada, estando ou não em companhia de seu marido, reivindique os bens comuns, móveis ou imóveis, que seu marido tenha doado ou transferido à concubina, mesmo que a doação tenha sido feita através de contrato.

Também sobre a alienação de bens imóveis, o artigo 134, II, dispõe que ela só poderá se realizar definitivamente através de escritura pública e se houver outorga uxória, sendo esta imprescindível para a consumação do ato. Sendo que nos referidos dispositivos deste código, só se aplicam aos bens comuns, se o bem for particular do marido, a esposa nada poderá fazer; além disso, a mulher casada deverá provar que não tinha conhecimento do concubinato ou que o foi enganada a realizar o negócio a título oneroso, quando na verdade o negócio realizado com a concubina era gratuito, ou seja, tratava-se de uma doação e a mulher imaginava que era o caso de uma compra e venda, por exemplo.

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 50) aponta outros dispositivos deste código que reprimiam o concubinato, como por exemplo:

[...] o artigo 183, VII, que tratava do impedimento matrimonial do cônjuge adúltero com o seu co-réu por tal condenado; artigo 337, considerava ilegítimos os filhos tidos fora do casamento; artigo 1.177, anulabilidade da doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice; e artigo 1.719, III, trazia o impedimento para a concubina ser nomeada herdeira ou legatária, demonstrado que na época da relação extraconjugal, com a existência ou não de impedimento matrimonial, não era bem vista pela sociedade e seu ordenamento jurídico.

Apenas no artigo 363, I, reconheceu os efeitos do concubinato, à medida que autorizou o reconhecimento dos filhos de concubinos, livres dos impedimentos contidos no artigo 183, I a IV, até então chamados de "ilegítimos", dando-lhes o direito de demandar o reconhecimento de filiação em face do suposto pai ou de seus herdeiros, mediante a prova do concubinato dos seus pais no momento da concepção.

Neste momento, o legislador do Código Civil de 1916, demonstra uma tendência de proteção dos filhos, mesmo os concebidos fora do relacionamento matrimonial.

Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 199) destaca que nesta ação de reconhecimento de filiação a causa de pedir são as relações sexuais entre a mãe do requerente e o suposto pai, à época da concepção, e para tanto, cita Arnaldo Medeiros da Fonseca:

A manutenção do caso do "concubinato" no Código Civil ao lado da hipótese comum de "relações sexuais", na qual a ação de investigação de paternidade é amplamente admitida em nosso direito, só se pode justificar, permitindo a conciliação dos dois preceitos, pelos efeitos particulares que se atribuir a esse fato, pela presunção a ele ligada de que os filhos havidos na sua constância são frutos dos amores dos concubinários.

Entretanto, Euclides da Cunha (*apud* OLIVEIRA, 2003) lembra que o artigo 363, I do referido código ainda é discriminatório com relação ao concubinato da pessoa casada, pois os filhos provenientes deste relacionamento, seja ele incestuoso ou adúlterino, não teriam o direito de ingressar com a ação de reconhecimento de filiação, devido ao fato de seus pais serem impedidos de se casarem.

Esta situação só foi modificada com o advento da Constituição Federal de 1988, que no artigo 227, § 6º, proibiu qualquer designação discriminatória relativas à filiação, independentemente de sua origem (matrimonial ou não).

Posteriormente, outras leis esparsas reafirmaram a igualdade entre os filhos, que são: artigo 20 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA); e artigos 5º e 6º da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992 (dispõe sobre a investigação de paternidade).

2 CONCEITOS DE CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL

O concubinato é uma forma ampla de união informal entre homem e mulher, com intenção de vida comum e aparência de casados, podendo ou não ser convertida em casamento. Ressalta-se que é o caso de união livre, porém distinta de relacionamento eventual, desta forma, a concubina não pode ser a prostituta, pois se presume uma fidelidade recíproca na união estável; também não pode ser a amante, pois o concubinato tem caráter duradouro.

A professora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 61) em seu livro “Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais” demonstra as diferentes terminologias utilizadas pelos doutrinadores a cerca do concubinato, citando inclusive, o ilustre autor Álvaro Villaça Azevedo. Segundo ela, alguns autores atribuem ao concubinato dois sentidos um amplo e o outro estrito:

[...] existem dois sentidos distintos para a palavra concubinato, o sentido amplo e o sentido estrito. No sentido amplo, poderíamos considerar como concubinato todo e qualquer relacionamento amoroso entre homem e mulher, com ou sem compromisso de constituir família. E, no sentido estrito, toda e qualquer união duradoura e compromissada, que constitua uma sociedade conjugal de fato.

Esta classificação do concubinato em sentido amplo e sentido estrito, é resultado de outra terminologia utilizada pela maioria dos doutrinadores, onde o concubinato é dividido em puro e impuro.

O concubinato puro, ou simplesmente “concubinatos”, é a união extramatrimonial, permanente e duradoura, com aparência de casados, estando os conviventes livres de qualquer impedimento matrimonial. Esta espécie pode ser chamada de união estável que é a nomenclatura utilizada pela legislação vigente, trata-se do relacionamento entre homem e mulher, de boa fé, que embora possam se casar, não o desejam e mesmo assim tem intenção de constituir família. Outros autores denominam espécie de concubinato como natural.

Álvaro Villaça Azevedo é uma autoridade reconhecida dentro do direito de família devido às várias obras de sua autoria que são tomadas como referência por

diversos doutrinadores tão ilustres quanto ele, como foi visto anteriormente. Em seu "Estatuto da Família de fato" (AZEVEDO, 2002, p. 190), o autor denota seu entendimento com relação ao concubinato puro conceituando-o:

Entendemos que se deve considerar puro o concubinato quando ele se apresenta com aludidos elementos do conceito expedido, ou seja, como uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem detrimento da família legítima. Assim acontece quando se unem, por exemplo, os solteiros, os viúvos, os separados judicialmente ou de fato, por mais de um ano, desde que respeitada outra união concubinária.

Pela facilidade e informalidade na constituição deste tipo de união, muitas pessoas impedidas de se casarem tornam-se concubinos, a esta espécie de concubinato dá-se o nome de concubinato impuro. A questão do impedimento matrimonial faz com que este tipo de concubinato não seja aceito socialmente, e para a maior parte da doutrina, ele surge em detrimento da família legalmente constituída e protegida.

O concubinato impuro também pode ser originado do incesto, ou seja, ascendente que conviva com descendente, como se fossem marido e mulher, em uma união de fato. Desta forma, o elemento essencial à distinção das duas espécies de concubinato são os impedimentos matrimoniais.

Há apenas duas exceções apontadas por parte da doutrina, não sendo este entendimento pacífico, e sim majoritário, relacionado aos impedimentos matrimoniais, que não obstam a constituição de nova união estável. A primeira é o caso do cônjuge separado de fato, de maneira definitiva, que pode constituir uma nova união. A segunda exceção é o caso do cônjuge separado judicialmente e ainda não divorciado, que também tem direito a constituir nova união. Entretanto, estas exceções serão discutidas, neste trabalho, de forma mais aprofundada nos próximos capítulos.

A questão da terminologia utilizada para designar a família de fato é tratada com cautela pela doutrina e pela jurisprudência, visto que os termos concubinato e concubina trazem um estigma, uma conotação negativa para a família de fato.

Mesmo que o sentido jurídico da palavra concubinato designe um modo de vida, de um homem e uma mulher, que vivem como se fossem casados, mas não o são por opção própria, sem qualquer impedimento legal para se casarem, socialmente essa nomenclatura é vítima de preconceito.

Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 02), em sua obra: “concubinato e união estável”, demonstra a diferença entre o significado jurídico do termo concubinato, e a questão do preconceito social com relação ao termo “concubinato”:

Não é em vão e a troco de nada a recusa das pessoas de se nomearem concubinos/concubinas. É preciso entender isso. Ou, mais que entender, ver a carga de preconceito que se instalou ao longo do tempo sobre tal palavra e o peso que ela passou a ter. Antes de ter sentido técnico-jurídico, esse termo é a indicação de um modo de vida ou um estado, a marca de um (pré)conceito que vem se formando ao longo de tempo. Nomear uma mulher de concubina é socialmente uma ofensa. É como se referisse à sua conduta moral e sexual de forma negativa.

No sentido jurídico e mais especificamente na linguagem dos tribunais, são expressões de largo uso e que melhor traduziram, até agora, uma forma de vida entre homem e mulher com conseqüências inclusive patrimoniais.

Sendo assim, o legislador buscou novas nomenclaturas, como ocorreu na Constituição Federal de 1988, que passou a chamar o concubinato puro de “união estável” e a concubina deste tipo de concubinato de “companheira” ou “convivente”.

Álvaro Villaça Azevedo (2002, p.191) demonstra como a diferenciação terminológica fez com que a família de fato tenha uma maior aceitação no âmbito social:

Todavia, entendemos que dados os inúmeros casos de convivência de fato, em nossa sociedade, a terminologia, antes pejorativa, vai ganhando, atualmente, foro de utilização mais conforme com a realidade, plenamente admitida, no âmbito social. Assim, vê-se utilizada, comumente, a palavra *companheira* para designar a concubina, no concubinato puro, e o vocábulo *concubina*, quando da união impura. Todavia, pode dizer-se, simplesmente, concubina, em qualquer das duas espécies de concubinato, com a adjetivação cogitada (puro ou impuro).

A principal intenção do legislador ao reconhecer a família de fato com o artigo 226, §3º da Constituição Federal, através da modificação de sua nomenclatura, substituindo o termo concubinato por união estável, concedendo-lhe a

proteção do Estado, foi a de adequar o texto constitucional à realidade social brasileira.

Além disso, Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 02-03) lembra que a união estável adotada pelo legislador, se refere ao concubinato puro, e não inclui o concubinato adúltero. Pois, segundo o doutrinador com base no princípio jurídico da monogamia, o concubinato adúltero não recebe a proteção do Estado como família por força do artigo 1.727 do novo Código Civil, que dispõe o seguinte: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Sendo assim, os direitos oriundos desta forma de concubinato, não são tratados no Direito de Família, e sim no Direito Obrigacional, por força da teoria das sociedades de fato. Portanto, o Código Civil de 2002 acabou por diferenciar as duas terminologias, utilizando a nomenclatura “união estável” quando se referir ao concubinato puro (não-adúltero), e simplesmente “concubinato”, ao se referir à modalidade impura (concubinato adúltero).

3. UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Novo Código Civil Brasileiro foi aprovado no dia 15 de agosto de 2001¹. Após várias emendas e substitutivos, o tema união estável/concubinato foi introduzido e está definitivamente incorporado no Direito de Família no Livro IV do Novo Código Civil.

O tratamento dado à união estável por esse Novo Código Civil encontra-se nos arts. 1.723 a 1.727. Além disso, a união estável aparece também no art. 1.694, na parte que trata dos alimentos, e nos arts. 1.790, 1.797, 1.801 e 1.844, que também disciplinam a sucessão hereditária.

Este Novo Código, de uma maneira geral, possui a mesma estrutura do anterior, embora tenha trazido algumas inovações. As principais foram no campo do Direito de Família, especialmente a igualização dos direitos e deveres entre homens e mulheres e a incorporação da união estável em sua estrutura e sistemática. Não foram mudanças substanciais.

A grosso modo, pode-se dizer que o Novo Código Civil basicamente traduziu o atual "espírito" jurisprudencial sobre as uniões estáveis e incorporou elementos da Lei n.8.971/94 e, principalmente, da Lei n. 9.278/96.

Neste tópico será sumariado detalhadamente, o que expressa o novo Código Civil a respeito das uniões estáveis.

O Novo Código Civil Brasileiro, nos arts. 1.724, 1.725 e 1.727, 1.790, 1.844, utiliza as expressões companheiro e companheira, adotadas pela Lei n. 8.971/94. No art. 1.694 utiliza a expressão convivente, como na Lei n. 9.278/96. No art. 1.801, utiliza a expressão concubino.

Essas expressões ainda não estão bem assentadas e só mesmo o tempo dirá qual delas ficará, ou será considerada tecnicamente mais correta. "Provavelmente o período da *vacatio legis* servirá para alguns ajustes e unificação desta terminologia" (JUNQUEIRA, 2003, p.151).

¹ Apesar do projeto original ser datado de 1975.

O Novo Código Civil Brasileiro definiu a união estável reafirmando o disposto no art. 1º da Lei n. 9.278/96.

Em outras palavras, deixou o conceito de união estável mais aberto, como bem o fez a lei acima referida, o que pode ser evidenciado em seu art. 1.723 *in verbis*:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

§ 3º Poderá ser reconhecida a união estável diante dos efeitos do art. 1.576.

A grande inovação do Novo Código Civil Brasileiro, em relação a tudo que já se legislou em matéria concubinária, foi o art. 1.727 ao fazer distinção expressa sobre união estável e concubinato. *In litteris*: "Art. 1727 - As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

Segundo Daiana Santos Silva²:

A expressão "impedidos de casar" está aí inadequada e impedindo-nos uma leitura clara e a tradução melhor deste dispositivo. É que os separados judicialmente são impedidos legalmente de se casarem e, no entanto, podem constituir uma união estável, até mesmo pelo disposto no art. 1.723 desse mesmo código.

Compreendendo o "espírito" da lei, pode-se interpretar este artigo como uma distinção entre concubinato adúltero e não-adúltero, como, aliás, vem fazendo a jurisprudência e a doutrina.

O art. 1.724 do Novo Código Civil Brasileiro determinou para a união estável as mesmas regras que estabeleceu para o casamento (art. 1566), exceto a coabitação.

O Novo Código Civil Brasileiro consolidou o que já vinha estabelecendo a doutrina e jurisprudência, bem como o disposto nas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96.

² SILVA, Daiana Santos. *Os "companheiros" contraentes da união estável como sujeitos de direito*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1345>>. Acesso: 24 maio 2008.

Inovou ao dizer expressamente que se aplica às relações patrimoniais o regime da comunhão parcial de bens. Isso faz uma diferença em relação às leis anteriores porque eliminou a expressão "esforço comum", aproximando ainda mais a união estável do instituto do casamento.

O art. 5º da Lei n. 9.278/96 dizia sobre a presunção do esforço comum, o que poderia ser ilidido, já que o ordenamento jurídico brasileiro não abraça o critério da presunção absoluta.

Em relação aos alimentos, não houve modificação sobre as normas estabelecidas anteriormente. Os alimentos entre os companheiros estão previstos no art. 1.694, que, aliás, recebeu aí o nome de conviventes, tratado no título específico sobre alimentos decorrentes do parentesco, casamento ou união estável:

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

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

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

O Código Civil vigente conceitua o instituto da União Estável elencando diversos requisitos que serão analisados oportunamente. Ressalte-se que nossa doutrina há tempos analisa esta entidade familiar, como demonstra Maria Helena Diniz (2002, p. 321-322):

[...] A Constituição Federal, ao conservar a família fundada no casamento, reconhece como entidade familiar à união estável, notória e prolongada de um homem com uma mulher vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação [...]

Desta forma, pode-se afirmar que a União Estável é um instituto familiar constituído por uma união extramatrimonial que detém amparo jurídico em decorrência do Artigo 226, § 3º da Constituição Federal.

O conceito de união estável não vem da legislação que trata deste tema, por este motivo ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência. Por força do artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, a união estável passou apenas a ser considerada entidade familiar, entretanto, o dispositivo não trouxe qualquer conceito sobre o tema.

Ressalta-se que o significado da união estável sofreu, como já foi demonstrado anteriormente, várias influências até se tornar o conceito atualmente trazido pela doutrina, entretanto, teve sua importância reconhecida por que sempre fez parte da realidade social.

Inicialmente, a união estável é composta pelo homem e pela mulher que se relacionam com o objetivo de constituir família sem se submeter às formalidades do casamento civil. A doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 28) apresenta a seguinte discussão sobre o conceito de união estável:

Essa noção não está longe daquela que se diz popularmente para designar uma relação de duas pessoas que se apresentam como se casadas fossem: "Quem ama com fé, casado é".

[...] há uma certa dificuldade para delinear o conceito de concubinato e não há, na verdade, um conceito preciso sobre ele. Mas a partir da idéia central de que é a convivência duradoura entre um homem e uma mulher sem casamento registrado, para usar a linguagem do ordenamento jurídico soviético, o Direito vem, através de sua história jurisprudencial, tentando clarear esse conceito. Hoje, por exemplo, o nosso texto constitucional já denomina o "antigo" concubinato de *união estável*, uma expressão que traduz, na atualidade, uma melhor idéia dessa instituição jurídica tão antiga e tão moderna.

Para Lourival Silva Cavalcanti (2003, p. 104), o conceito de união estável não é novo, apenas foi moldado de acordo com a legislação vigente, sendo uma união de fato:

Na realidade, a expressão empregada pelo constituinte nada mais significa do que uma nova roupagem para o velho concubinato, despido de adjetivação, como sinônimo de casamento informal; só que agora não mais entre pessoas impedidas de contraírem matrimônio, mas entre aquelas que optaram por unir-se fora dele, ou que não lhe atribuem maior importância.

Destaca-se que a doutrina e a jurisprudência, baseadas na legislação posterior à Constituição Federal de 1988, tem separado o concubinato puro ou não-

adulterino, do impuro ou adulterino. Em conformidade com o texto constitucional, o autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 145), contribui dizendo que:

A Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente o companheirismo – denominando-o de “união estável” – como uma espécie de família, merecedora da proteção estatal, consoante previsão constante do art. 226, § 3.º. O emprego da expressão “união estável” como terminologia utilizada para expressar a união extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida e d’almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável”.

Sob as mesmas influências, o legislador do novo Código Civil ao tratar da união estável, em seu artigo 1.723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, e distinguiu esta do concubinato em seu artigo 1727: “As relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de se casar, constituem concubinato”.

Na mesma égide, Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 28-29) distingue o concubinato da união estável da seguinte forma:

Em síntese, união estável é a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não-adulterina e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sob o sem o vínculo do casamento civil. E concubinato é a relação entre homem e mulher na qual existem impedimentos para o casamento.

Finalmente, a ilustre doutrinadora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 69) traz o conceito de Francisco José Cahali, dizendo o seguinte: “Acertadamente, Francisco José Cahali conceitua a união estável como o vínculo afetivo entre homem e mulher, como se casados fossem, com as características inerentes ao casamento, e a intenção de permanência da vida em comum”.

Depois a referida autora conclui que há uma padronização por parte da doutrina na formação destes conceitos, sendo pacífico que em tal união não há o mesmo formalismo que no casamento civil, só se realiza entre homem e mulher, além de ter o objetivo de constituir uma família. Por outro lado, é controvertido o

reconhecimento de uniões de fato entre casais impedidos de se casarem por vínculo (CAVALCANTI, 2004, p. 69).

3.1 ELEMENTOS PARA QUE CONFIGURE-SE A UNIÃO ESTÁVEL

Inicialmente, devemos estabelecer as diferenças entre os institutos da união estável e do casamento. O casamento se constitui por ato jurídico solene e é regido por normas de ordem pública. Já a união estável tem como principal característica a ausência de formalidades em sua consolidação, que não ocorre através de ato jurídico solene, mas tem formação sucessiva e complexa. Isto é, a constituição se dá após a configuração de alguns elementos essenciais para o seu reconhecimento jurídico.

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 114), novamente utiliza-se da doutrina de Francisco José Cahali, que por sua vez, ressalta que:

A união estável nada mais é do que um fato no mundo empírico com conseqüências jurídicas pela sua existência. Concomitantemente ao fato social, caracteriza-se como fato jurídico. No matrimônio, as partes, de início, promovem o registro civil, e a partir daí passam a receber a influência, na sua esfera jurídica, de todo o sistema legal do casamento, extensamente regulamentado, até mesmo quanto à sua celebração. Diverge, substancialmente, neste particular, a união estável do casamento, pois os companheiros passam a integrar o instituto não após o cumprimento das formalidades legais para sua celebração, mas pela caracterização diante da conduta dos partícipes, passando, a partir daí, pela postura adotada no relacionamento, a ser atingida a esfera jurídica das partes, entre si e perante a sociedade e o Estado. Enquanto no casamento a constituição é celebrada *a priori*, na união estável sua caracterização é *a posteriori*, verificados os seus elementos essenciais.

A Constituição Federal de 1988, não concedeu a proteção do Estado às relações esporádicas, sem estabilidade e desprovidas do intuito de constituir família. O Código Civil de 2002, trouxe em seu artigo 1.723 os requisitos essenciais à constituição da união estável, que são: a diversidade de sexos, exclusividade, durabilidade, publicidade ou notoriedade, inexistência de impedimentos matrimoniais, convivência *more uxorio*, e *affectio maritalis*.

Tais elementos são divididos em objetivos e subjetivos, sendo que os objetivos são: a diversidade de sexos, a exclusividade, a união duradoura, a

notoriedade e a inexistência de impedimento matrimonial. Os elementos subjetivos são: a convivência *more uxoria* e a *affectio maritalis*.

3.2 DIREITOS E OBRIGAÇÕES ENTRE OS COMPANHEIROS E PARA COM OS FILHOS

Ao se considerar a esfera patrimonial da união estável percebe-se que esta é semelhante ao casamento, devido à aplicação do regime da comunhão parcial de bens imposta pelo artigo 1.725 do Código Civil de 2002. Sendo assim, os bens havidos, a título oneroso, ao longo da união se comunicam a não ser que estes bens foram adquiridos com o produto de bens obtidos antes do início da convivência, ou ainda, haja um contrato de convivência, sendo que este deve ser escrito, firmado entre os companheiros com disposições diversas com relação ao patrimônio adquiridos na constância da convivência. Desta forma, fica clara a constante comparação, e não equiparação, realizada pela doutrina entre o casamento e a união estável, pois se tratam de institutos parecidos, porém não idênticos. A autora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 181 e 182) cita os ensinamentos de Lia Palazzo Rodrigues:

Desde logo, é preciso que se atente para dois pontos que parecem fundamentais:

1º) a Constituição Federal não equiparou a união estável ao matrimônio. Tanto assim é que recomenda facilite a lei a sua conversão em casamento (art. 226, § 3º, in fine);

2º) em decorrência disso, não podemos aplicar às uniões estáveis as regras disciplinadoras do casamento, sob pena de tratarmos de modo idêntico institutos que, apesar de apresentarem certas semelhanças, são profundamente diversos.

Por outro lado, não pode ser aceita a afirmação de que o fato da união estável ter sido reconhecida pelo legislador constitucional como entidade familiar, levará à extinção o instituto do casamento.

Não pode ser atribuída qualquer importância a este tipo de tese, pois a previsão legal da família de fato, como elemento capaz de constituir família, fez com que este instituto perdesse a "liberdade" exagerada que antes lhe era atribuída.

Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 51) cita João Baptista Villela, que discorre sobre a ausência de formalidades da família de fato:

Fenômeno presumivelmente tão antigo quanto as primeiras manifestações gregárias do ser humano, o concubinato adquiriu na sociedade contemporânea, depois de ter sido exorcizado, a princípio pelo casamento religioso e logo depois pelo casamento civil, ampla extensão e importância decididamente singular.

A autora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 183 e 184) comenta as afirmações de João Baptista Villela, da seguinte forma:

[...] João Baptista Villela considerou errônea a excessiva regulamentação da união estável, posto que isso lhe retirou a "liberdade" que lhe é característica. As pessoas que se envolvem em relacionamento estável não matrimonial, na maioria das vezes, o fazem por não se interessar pelo formalismo do casamento. E a tendência das normas relativas ao companheirismo é sempre no sentido de adequá-la cada vez mais às normas do matrimônio civil, tentando enquadrar a união estável às normas do casamento, diferenciado-se apenas pela sua constituição.

Neste sentido, a melhor doutrina afirma que o Estado reconheceu a união estável com o objetivo de não interferir na liberdade do indivíduo de escolher o tipo de relacionamento que este deseja viver, ou que tipo de família pretende formar; no entanto, é importante lembrar que esta liberdade não é ilimitada, devendo estar de acordo com a legislação vigente. Além disso, a tarefa de delinear de forma mais aprofundada o instituto da família de fato caberia à doutrina e à jurisprudência, não ao legislador.

Seguindo este mesmo raciocínio, a doutrina de Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 186 e 187) complementa:

A liberdade individual tem sido cada vez mais elevada a o Estado que não percebe essa evolução acaba criando situações danosas para a sociedade. Está na hora de se reconsiderar o papel do Estado sobre a família diante da constituição familiar. O que deve interessar ao Estado sobre a família é a proteção do instituto, regulamentando o menos possível esses relacionamentos, dando proteção especial aos filhos e prevendo a melhor forma de divisão dos bens adquiridos pelo casal, sob pena de não acompanhar a evolução social que estamos vivendo. Assim, a doutrina e a jurisprudência teriam a ampla possibilidade de estabelecer limites e feições a esses relacionamentos.

Esse avanço poderia ter acontecido depois da Constituição Federal de 1988, quando esta reconheceu a união estável. Mas não foi bem esse o rumo tomada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O legislador ordinário acabou tendendo a regulamentar a união estável nos mesmos moldes do casamento, fazendo com que a possível liberdade dos companheiros dentro do relacionamento fosse desaparecendo a ponto de tornar a maioria dos seus efeitos idênticos, diferenciando-se basicamente quanto à sua formação. Na verdade, com isso o Estado, em alguns aspectos, tem considerado como "casado" aquele que não optou pelo regime solene do casamento civil.

Lembrando que só se pode considerar como entidade familiar os relacionamentos que estão em conformidade com a legislação vigente e com o princípio da monogamia, o que não significa que o matrimônio seja requisito para a entidade familiar. Os outros princípios que o relacionamento protegido pelo Estado deve se submeter são os do respeito, consideração, assistência, lealdade, exclusividade e igualdade dos partícipes e filhos.

Na falta de regulamentação própria para a união estável, a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), dispõe em seus artigos 4º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito", e 5º: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Com relação à analogia realizada às regras concernentes ao casamento para suprir lacunas da legislação com relação à união estável, a autora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 194 e 195) explica os ensinamentos do professor Carlos Maximiliano:

[...] a analogia consiste na aplicação a uma determinada hipótese não prevista em texto legal, por disposição relativa a caso semelhante. A analogia se fundamenta no princípio de verdadeira justiça e igualdade jurídica; além disso, o seu manejo exige certo cuidado, inteligência e discernimento, sob pena de causar erros deploráveis. A analogia, segundo o mencionado professor, pressupõe, em primeiro lugar, a exigência de uma situação não prevista em lei, do contrário seria apenas caso de *interpretação extensiva*; em segundo lugar, pressupõe, situação semelhante ao que se encontra previsto em texto legal; e, finalmente, pressupõe, em terceiro plano, que esse elemento de identidade entre as duas situações seja fundamental ou essencial. Isto quer dizer que a semelhança deve ser formal, não basta a afinidade aparente; assim, "a hipótese nova e a que se compara com ela precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir em ambas a mesma razão de decidir". Complementando ainda seu raciocínio, o mencionado autor ressalta que em questão de serem atribuídos privilégios, ou mesmo limitação de liberdade, que restrinjam direitos outros, ou quando houver

enumeração taxativa de casos amparados, não poderá ser aplicada a analogia.

Filiação é a “relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram” (VENOSA, 2005, p. 266).

Segundo Lobo (2003, p.135):

Filiação é o conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.

Assim, filiação é um conceito de relação de parentesco existente entre o filho e os pais, gerando dessa relação um complexo de direitos e obrigações para as partes, “é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos” (VENOSA, 2005, p. 265).

A Constituição Federal de 1988, no art. 229, expressamente cuidou dos deveres dos pais em criar, assistir e educar os filhos menores, sem fazer qualquer distinção quanto à natureza da filiação. A Lei 9.278/96 expressamente repetiu tais deveres aos conviventes quanto aos seus filhos comuns.

A guarda se refere à posse que os pais exercem em decorrência do poder familiar. O sustento envolve os alimentos materiais indispensáveis à subsistência e manutenção do menor, como alimentação, saúde, vestuário, habitação. A educação envolve os cuidados de natureza espiritual ou imaterial, que inclui o ensino escolar, a instrução dos filhos, os cuidados na formação do caráter e da moral dos filhos, bem como outros.

Não se trata de um dever pessoal entre os partícipes da união estável, mas nem por isso perde a sua importância, pois o descumprimento deste dever causa a desagregação na estrutura familiar. O descumprimento dos deveres paternos em relação aos filhos implica na perda do poder familiar, e indiretamente pode provocar a ruptura da relação, com o desaparecimento do *affectio maritalis*.

4 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Na verdade, o que leva as pessoas a optarem pelo relacionamento não-matrimonial é a ausência das formalidades, o que gera a sensação ao convivente de não se sentir "compromissado", pois aparentemente há na união estável uma facilidade tanto na sua constituição como na sua dissolução, já que nesta não há a necessidade de justificativas ou processo judicial. Entretanto, a facilidade de dissolução da união estável está apenas na aparência, pois por não haver um regulamento rígido, como o do casamento civil, os ex-conviventes encontram muitas dificuldades no momento da dissolução do relacionamento, ressalvadas as hipóteses em que os ex-companheiros tenham firmado um contrato de convivência.

Além disso, para os casos em que as partes não pactuam e silenciam, o legislador aplicou as regras do regime da comunhão parcial de bens, prevista para o casamento.

Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 52) discorre sobre essa facilidade aparente decorrente da informalidade da família de fato, e conclui:

Objetivamente, podemos apontar como principal consequência, ou efeito jurídico desse tipo de casamento, a liberdade de rompimento da relação. A união estável pode ser dissolvida livremente, sem qualquer justificação e independente de processo judicial. [...]

Portanto, devemos desmistificar o conceito da facilidade de rompimento de uma união estável, uma vez que pode ser ao contrário, até muito mais difícil, exatamente pela ausência de regras jurídicas definidoras daquela vida em seus vários aspectos. Ademais, atualmente é possível separar-se judicialmente ou divorciar-se quantas vezes quiser e com as facilidades que se têm apresentado em nosso ordenamento jurídico, principalmente com a tendência para a dissolução dos vínculos conjugais sem discussão de culpa. Os sistemas jurídicos mais modernos têm entendido que não existe culpa na dissolução de um vínculo conjugal, ou pelo menos não é culpada só uma das partes.

Inicialmente, não havia disposições na legislação sobre os efeitos patrimoniais provenientes da união estável. Dessa forma, a jurisprudência passou atuar, como já foi dito, com o objetivo de suprir a lacuna legal para que tais conflitos fossem resolvidos. Em primeiro plano, era necessário o reconhecimento de uma

sociedade de fato entre os conviventes; só assim se tornava possível a dissolução desta sociedade, e posteriormente uma partilha de bens.

Por força da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, a prova de esforço comum entre os concubinos para a aquisição do patrimônio era requisito essencial para a partilha. Neste contexto, a doutrinadora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2003, p 53) faz um apanhado geral, e cita dois julgados:

Mesmo após a Constituição Federal de 1988, houve um período de incerteza da configuração dos efeitos provenientes da união estável, posto que a Lei Magna nada dispôs a respeito de seu conceito. Tal lacuna fez com que a jurisprudência desempenhasse papel importante para dirimir conflitos e, nesse sentido, considerou a necessidade, em primeiro lugar, de comprovar a existência de uma sociedade de fato entre as partes, para que efeitos pudessem ser aplicados, inclusive relativos à sua dissolução com posterior partilha de bens. Entretanto, só era possível tal partilha se comprovado que os dois contribuíram por meio de atividades laborais lucrativas para a aquisição do patrimônio comum.

Apenas como ilustração passamos a transcrever algumas decisões que retratam o posicionamento acima mencionado:

Sociedade de fato – reconhecimento – meação – improcedência – sentença confirmada – recurso improvido – sociedade de fato que não restou provada. O simples concubinato não gera direitos ao patrimônio do companheiro. O que legitima a partilha de seus bens é a sociedade de fato entre concubinos. Provada esta, prospera a pretensão da concubina (Ap. Cível n. 9.336-4/3-00 – TJSP – Rel. Des. Octavio Helene)

Sociedade de fato – Dissolução e partilha de bens. Relação concubinária demonstrada. Necessidade, todavia, da efetiva prova da contribuição da concubina para o incremento patrimonial do concubino, ou da prestação de serviços. Procedência da ação apenas para desconstituir a relação concubinária. Sentença confirmada.

Art. 5º. Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância 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 contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em escrito.

Dessa forma, comunicam-se os bens adquiridos por qualquer dos conviventes de forma conjunta ou não, ao tempo da união estável, estabelecendo-se o condomínio, onde a cada um cabe uma metade, isto é, as cotas entre os companheiros são exatamente iguais. Porém, há três exceções: se o bem foi adquirido a título gratuito, como ocorre nos casos de doações ou heranças, a não

ser que a doação tenha sido feita para ambos; se estes bens foram adquiridos com o produto de bens particulares, sub-rogando a estes; e, finalmente, se houver contrato de convivência com disposição contrária.

Com relação ao artigo 5º da Lei nº 9.278/96, o autor Antônio Carlos Mathias Coltro, em estudo que foi apresentado no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, discute se a presunção do esforço comum para a aquisição do patrimônio é relativa ou absoluta. O autor apresenta os vários posicionamentos doutrinários existentes, e dentre eles, parece ser mais correto o posicionamento de Rainer Czajkowski (*apud* COLTRO, 2002, p. 263), onde a presunção do esforço comum é relativa. Entretanto, diferentemente do que afirma a maior parte dos doutrinadores adeptos desta corrente doutrinária, Czajkowski não acredita que a relatividade decorre da possibilidade de inversão do ônus da prova:

Na união livre estável, quando o homem e a mulher juntam esforços, dinheiro ou trabalho, para a aquisição de um bem, já caracterizam sociedade de fato. Se ambos se tornam titulares deste bem, o condomínio é o resultado da sociedade de fato havida. Mas se somente um deles se torna titular do bem, sociedade de fato continuou existindo, só que o efeito jurídico, condomínio, não foi alcançado. O art. 5.º da Lei 9.278 inspirou-se nesta situação par presumir este efeito, mas não o fez em termos absolutos. Esta é uma das diferenças básicas entre o casamento e a união estável: nesta é imprescindível o esforço comum (direto ou indireto); naquele não se discute isto. [...]

É relativa porque não se refere a todos os bens dos parceiros, e porque pode ser afastada por contrato escrito. Prova em contrário seria demonstrar que a aquisição se deu por trabalho exclusivo de um, sem colaboração do outro. Esta prova não se admite. Se um dos parceiros demanda contra o outro, com pretensão patrimonial fundada no art. 5º, óbvio que não contratou com ele afastando a presunção. Seria um contra-senso processual. Se o fez, pode ter outras pretensões contra o ex-parceiro, mas não tem com fundamento neste art. 5.º. Pode, ainda, ter contratado parcialmente afastando a presunção, e demandar pela aplicação da presunção sobre outros bens não atingidos pelo contrato.

A autora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 190) explica a corrente majoritária:

A nova lei faz presumir a colaboração dos companheiros na formação do patrimônio durante a vida em comum. Não se trata de presunção absoluta, pois cede passo a disposição contratual em contrário, além de ressalva quanto à exclusão de bens sub-rogados em produto da venda de anteriores. Na falta de contrato, prevalece o entendimento da presumida participação do companheiro, assim titulado ao condomínio sobre metade dos bens adquiridos pelo outro, sem que seja necessário fazer prova daquele fato.

Questiona-se a respeito da possibilidade de inversão do ônus probatório para que se reconheça a falta de colaboração do companheiro na aquisição do bem pelo outro. Não seria prova negativa, que se sabe inadmissível, mas de demonstração das circunstâncias em que se deu a convivência, para daí se extrair a atitude omissiva do outro, que se entenda insuficiente para o pleito de meação. Embora fascinante, até por invocar princípios do não enriquecimento ilícito, semelhante tese não encontra apoio na clara disposição legal que faz presumir a colaboração na formação do patrimônio, com as ressalvas apontadas.

Possível seria, ao invés, reclamo de meação ainda que haja disposição contratual vedando o condomínio de bens entre as partes. À semelhança do que se admite em casamento no regime da separação de bens, também na união estável sob contrato de não condomínio será lícito reclamar participação nos bens desde que o interessado comprove sua efetiva colaboração no ato aquisitivo, como, de resto, se permite em qualquer sociedade de fato, mesmo sem institutos familiares.

A melhor doutrina afirma que não houve a revogação total da Lei nº 8.971 de 1994 pela Lei nº 9.278 de 1996, pois esta não tratou de toda a matéria abordada pela lei anterior de forma especial. Neste sentido, Antônio Carlos Mathias Coltro (2002, p. 258 e 259):

É bom notar que a Lei 9.278 não substituiu a Lei 8.971, mas apenas revogou em parte, naquilo que instituiu alguma norma diferente e incompatível com que antes fora disciplinado pela última lei. O certo, porém, é que a Lei 9.278 não regulou inteiramente a matéria tratada pela Lei 8.971 e somente em um ou outro ponto tratou de objeto que já havia sido cogitado por esta última. Nesses pontos de conflito e incompatibilidade é que terá ocorrido a parcial revogação da Lei 8.971.

Com o advento do novo Código Civil, o regime de comunhão parcial de bens passou a reger as relações patrimoniais dos conviventes, como dispõe o artigo 1.725 deste código: "Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplicam-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

Aqui, volta a ser aplicada à união estável uma regra própria do casamento civil. Rodrigo Pereira da Cunha (2002, p. 206) em seu Código Civil anotado, discorre sobre a aplicação deste regime à família de fato:

O casamento foi, é e parece que continuará sendo, na cultura ocidental, o mais forte paradigma de constituição de família. Diante disto, para a regulamentação das relações patrimoniais na união estável, o regime de bens no casamento foi tomado como referência. Caracterizada a união **estável**, os bens adquiridos na constância da relação, a título oneroso, pertencem a ambos os conviventes. Com a dissolução desta união estável,

o patrimônio será partilhado nos moldes do art. 1.658 e seguintes deste Código. Portanto, não há necessidade de prova de esforço comum na aquisição destes bens, cuja presunção já era prevista no art. 5º da Lei nº 9.278/96.

Euclides de Oliveira (2003, p. 192 e 193) discorreu sobre a comunicabilidade ou não dos bens dos conviventes, conforme os artigos 1.659 e 1.660 do Código Civil de 2002, com relação ao regime de comunhão parcial:

Entram na comunhão:

I – os bens adquiridos na constância da união por título oneroso, ainda que só em nome de um dos companheiros;

II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III – os bens adquiridos por doação, herança, ou legado, em favor de ambos os companheiros;

IV – as benfeitorias em bens particulares de cada companheiro;

V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada companheiro, percebidos na constância da união, ou pendentes ao tempo de cessar a união.

Excluem-se da comunhão:

I – os bens que cada companheiro possuir ao constituir união, e os que lhe sobrevierem, na constância da união, por doação ou sucessão e os sub-rogados em seu lugar;

II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos companheiros em sub-rogação dos bens particulares;

III – as obrigações anteriores à união;

IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito de ambos os companheiros;

V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI – os proventos do trabalho pessoal de cada companheiro;

VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Também não podem entrar na meação os bens que foram adquiridos por um dos companheiros anteriormente ao relacionamento de fato, como conta do artigo 1.661 do referido código.

Com relação aos bens móveis, presume-se que foram obtidos ao tempo da união estável, a não ser que haja prova do contrário, como afirma o artigo 1.662. No tocante à administração dos bens comuns, esta cabe a qualquer um dos conviventes, mas é necessário que ambos consentam com atos realizados com

relação a estes bens a título gratuito, que tenha como consequência a cessão de uso e gozo destes (artigos 1.663 do Código Civil de 2002).

Por outro lado, ser for o caso dos bens particulares, cabe ao proprietário a sua administração, salvo se houver contrato escrito que disponha o contrário.

As dívidas podem ser divididas se for levada em consideração sua origem e seus efeitos. As obrigações contraídas na administração dos bens comuns serão pagas com o patrimônio comum, com o patrimônio particular do convivente que a contraiu e com o equivalente ao proveito do patrimônio do outro convivente (art. 1.663, § 1º do novo Código Civil). Já as dívidas contraídas pelo convivente em proveito apenas de seus bens particulares, só obrigará a este não podendo atingir os bens comuns (artigo 1.663, § 2º).

Por fim, as obrigações contraídas por um dos convivente, mas em proveito da família, serão pagas com os bens comuns (artigo 1.665).

No caso da pessoa separada de fato definitivamente que vive em união estável, a situação se complica um pouco. Isto porque a princípio, o regime de bens do casamento apenas seria extinto com o trânsito em julgado da sentença que conceder a separação, conforme o artigo 8º da Lei 6.515 de 1977. No entanto, não são incluídos na partilha os bens adquiridos por apenas um dos cônjuges individualmente sem a colaboração do outro.

A doutrina de Euclides de Oliveira (2003, p. 195) explica essa questão da lacuna na legislação da sociedade de fato e o regime de bens:

Embora não conste estipulação de igual teor no NOVO CÓDIGO CIVIL, pois o art. 1.576 apenas refere que a separação judicial põe termo ao regime de bens, não se pode colher dessa omissão legislativa uma proposital alteração de critério quanto à retroação dos efeitos à data da separação de corpos do casal. Tanto assim que expressamente admitida, no seu art. 1.723, § 1.º, a constituição de união estável no caso de a pessoa se achar separada de fato, daí se iniciando, por força do art. 1.725, o regime da comunhão parcial de bens entre os companheiros, salvo estipulação escrita em contrário. Ora, se configurada união estável de pessoa casada e separada de fato, com os efeitos que lhe são próprios, por certo resultará extinta a comunicação dos bens entre os cônjuges assim separados, ou haveria indébita concorrência com os direitos dos novos companheiros.

Entende-se por separação de fato a ruptura da vida em comum, em caráter prolongado e contínuo, que denote intenção de rompimento da sociedade conjugal. Prolongando-se por mais de um ano, serve de motivo para separação judicial, independentemente de quem seja o cônjuge culpado (Lei 6.515/77, art. 5.º, § 1.º; NCC, art. 1.572, § 1.º); se superior a dois anos, motiva o divórcio direto (Lei 6.515/77, art. 40; NCC, art. 1.580, § 2.º).

Como a doutrina, a jurisprudência tem reconhecido que o regime da comunhão parcial de bens tem como pressuposto a efetiva convivência entre os cônjuges, para que seja possível a presunção de esforço comum na aquisição dos bens. A partir da separação de fato, cada um dos ex-cônjuges passa a trabalhar de forma individual na aquisição dos bens, passando a ser insensata a exigência de partilha destes bens dos separados de fato.

Tal exigência é resultado de mera formalidade, que nada tem a ver com a realidade das partes, principalmente se estes já constituíram novas famílias, mesmo que ainda estejam formalmente casados.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 1988, decidiu com base nesta linha:

Se o decurso do tempo gerou para os cônjuges o direito de postular a decretação da ruptura do vínculo conjugal, de fato desfeito pela longa separação e manifesta impossibilidade de reconciliação, não se há falar em comunhão de bens onde tudo se rompeu: dever de fidelidade, *affectio maritalis*, vida em comum, respeito mútuo, criação da prole. O regime de bens é imutável sim. Mas, se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna-se ao direito e à moral reconhecer comunhão apenas de bens e atribuir a metade desse bem ao outro cônjuge (CCTJ-SP, em 28.3.1988, Rel. Dês. Alves Braga, *RTTSESP* 114/102).

Neste mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu sobre a questão do regime de bens no casamento e a sua aplicação no caso dos cônjuges estarem separados de fato:

Casamento – Regime de comunhão parcial de bens – Imutabilidade – Ação de divórcio judicial – Meação de bens – Patrimônio adquirido pelo cônjuge-varão – Rompimento fático do vínculo matrimonial – Pretensão indeferida. Não viola o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento a negativa de meação de bens havidos na constância do matrimônio pelo cônjuge-varão, sem qualquer colaboração de sua ex-mulher, quando já caracterizado o rompimento fático do vínculo, por não haver, assim, uma sociedade conjugal a ser amparada pela lei (5ª CCTJMG, Ap. n. 8.307-1/89.981-5, Rel. Dês. Campos Oliveira, DJ 29.9.1993)

Euclides de Oliveira (2003, p. 197) discorre sobre o assunto, e ainda, aborda a questão da bigamia, disponibilizando um julgado para o caso:

A casuística se estende a inúmeras situações que deixam patente o sentido do justo em não mais aplicar regras de comunhão de bens quando

falte, entre os cônjuges separados de fato, aquele vínculo associativo inerente à constância da vida em comum. [...]

Mesmo em caso de bigamia, não obstante a nulidade do segundo casamento, admitiu-se meação exclusiva do bem pela segunda mulher, já que a primeira se achava separada de fato do marido há muitos anos, sem qualquer colaboração na aquisição do patrimônio em disputa. Na fundamentação do acórdão constou que "a lide deve ser solucionada não pelo dogma da moralidade do matrimônio, mas sim pelo direito das obrigações..." e decorrer da "juridicidade da coabitação e pela lógica do sentido familiar" inerente à segunda união, quando adquiridos os bens (TJSP, 3.^a Câmara de Direito Privado, Ap. 041.784-4/1, Rel. Enio Santarelli Zuliani, j. 11.08.1998, v. u., RT760/232).

Por fim, no caso de haver união estável de pessoa formalmente casada, mas separada de fato, cessa o direito à partilha dos bens conforme o regime do casamento, dada a ausência da efetiva convivência. E com relação à união estável, transfere-se exclusivamente ao convivente o patrimônio equivalente referente ao período da convivência, por força do artigo 1.725 do Código Civil de 2002, aplicando-se o regime de comunhão parcial de bens.

5 SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

A sucessão *causa mortis* se abre com a morte do autor da herança (*de cuius*). Diniz (2002, p. 23) afirma que “a morte é o cerne de todo o direito sucessório, pois só ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se compreende sucessão hereditária sem o óbito do *de cuius*, dado que não há herança de pessoa viva”.

Dentre os direitos decorrentes da união estável, a herança talvez tenha sido o que mais alteração sofreu em relação às leis anteriores.

O Novo Código Civil Brasileiro assim dispôs em seu art. 1.790:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

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

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O Novo Código Civil Brasileiro fez significativa alteração na ordem da vocação hereditária em geral, colocando o cônjuge dentre os herdeiros necessários (art. 1.845), ao lado dos ascendentes e descendentes e excluindo da herança o cônjuge separado de fato há mais de dois anos (art. 1830).

A respeito da sucessão na união estável, foram duas as mais significativas modificações em relação às duas leis anterior. Primeiro, os bens sucessíveis serão apenas os adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Segundo, a herança será dividida, concorrendo com parentes do falecido.

No que diz respeito aos herdeiros necessários, a maior modificação ocorrida foi a inclusão do cônjuge na classe dos herdeiros obrigatórios. A legislação coloca o cônjuge concorrendo na primeira e na segunda classe dos chamados à sucessão.

Apesar desta benéfica alteração, o legislador deixou de prever expressamente, esta mesma proteção para o *convivente supérstite*, uma vez que garantira a este, como evidencia-se no art. 1.790 do Código Civil atual, a concorrência com os filhos do *de cuius*; na falta dos filhos, com os ascendentes; e, na ausência de ambos, o total recolhimento da herança. Esta ordem de vocação, especialmente nas hipóteses de abertura da sucessão na vigência da união estável, é muito semelhante à ordem de vocação do cônjuge supérstite, não vislumbrando-se razões para que as condições do cônjuge e do convivente não fossem equiparadas também na proteção da esposa legítima, o que seria o ideal, devido às disposições constitucionais que se referem à equivalência entre o matrimônio e a união estável.

Quando foi aprovado o projeto do Novo Código Civil pelo Senado Federal, foi acrescido ao Capítulo I do Título I do Livro V, o art. 1790, que não constava do Anteprojeto de 1975, por força da Emenda nº 358. Este artigo dispõe acerca da sucessão em caso de união estável, e foi regulamentado pelo Novo Código Civil.

Apesar de ser de suma importância, a regra está topicamente mal enquadrada, pois o artigo refere-se à vocação hereditária para as hipóteses de união estável, e, portanto, deveria ter sido incluso no capítulo que refere-se à ordem de vocação hereditária.

O anteprojeto de Código Civil de 1972, assim como o Projeto de 1975 que foi aprovado em 1984, não regulamentaram a sucessão de pessoas unidas pelos laços do afeto. A garantia dos direitos sucessórios aos conviventes veio com uma emenda constitucional proposta pelo Senador Nelson Carneiro. De acordo com Zeno Veloso (2002, p.225) “a emenda foi claramente inspirada no Projeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes nos idos da década de 60 do século XX, antes portanto da igualdade constitucionalmente garantida”. Por isso, o artigo que deu origem ao de nº 1790, é retrógrado no que se refere à legislação anteriormente sumariada.

Ao contrário do que acontece com o cônjuge, que herda uma parte dos bens do falecido ao concorrer com os descendentes do mesmo, percebendo, no que se refere aos bens comuns, somente a meação do condomínio até então existente, o convivente que sobreviver adquire além da meação dos bens comuns (em igualdade relativamente ao cônjuge supérstite), uma parte da quota destes mesmos bens comuns adquiridos conjuntamente pelo casal, nada recebendo, dos bens

exclusivos do hereditando, solução esta que, nos dizeres de Zeno Veloso (2002, p.226) “não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema”.

Também, o Novo Código Civil não estabelece o direito real de habitação que foi previsto pela lei 9.278/96, devendo-se ter o dispositivo do art. 7º, parágrafo único da referida lei como não revogado.

Também o legislador falhou ao aprovar o dispositivo, tal como está, pois recriou o privilégio dos parentes colaterais até o quarto grau, que passaram a concorrer com o convivente supérstite na 3ª classe da ordem de vocação hereditária. Desta forma, quando ver a falecer alguém que vivia em regime de união estável, os primeiros a herdar são os descendentes concorrendo com o convivente supérstite. Na ausência de descendentes, herdam os ascendentes concorrendo com o convivente sobrevivente. Na falta dos ascendentes e não havendo o cônjuge para amealhar a herança, herdam os chamados colaterais até o quarto grau concorrendo com o convivente. Enfim, somente na falta dos colaterais, é que o convivente remanescente recebe a herança em sua totalidade, o que constitui-se em evidente discrepância.

De acordo com Zeno Veloso (2002, p.236-237):

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no 3º milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do de cujus. Temos de convir. Isto é demais! [...]

Haverá alguma pessoa, neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a este extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?

Sem dúvida, neste ponto o C.C. não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem se apresenta em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbiu de destruir a obra legislativa que não seguiu os ditames do seu tempo, que não obedeceu as indicações da história e da civilização.

Aproveitando que o C.C. está na *vacatio legis*, urge que seja reformado na parte que foi objeto deste estudo.

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

Com relação à sucessão do convivente em concorrência com os descendentes, observa-se evidentemente o distinto tratamento dado a essa sucessão concorrente, pois foram aplicadas distintas imposições matemáticas, como por exemplo, se os descendentes eram filhos do convivente supérstite com o convivente falecido, ou se eram descendentes somente do autor da herança³, fazendo-o herdar a mesma parcela deferida aos filhos comuns e metade da parcela que cabe aos descendentes exclusivos do *de cuius*.

Conferiu, portanto, um tratamento preferencial ao convivente sobrevivente, no que se refere à concorrência com filhos comuns a ele e ao *de cuius*.

O professor Silvio Rodrigues (2002, p. 117) comenta ainda que:

Ao regular o direito sucessório entre companheiros, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, o Código Civil coloca os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo status sucessório dos cônjuges.

Segundo Gustavo Tepedino (2002, p.XXI):

A atividade do intérprete deve restar, desde já, entregue a uma consideração muito rígida, exatamente para que não reste da tentativa (ou tentativas) de concreção da nova ordem jurídica senão uma inacreditável fonte de desconsideração do espírito do legislador, da formulação axiológica de suas leis ou da principiologia que se pretende seja a paradigmática do novo Texto Civil Brasileiro.

Tal fato se dá porque o legislador não previu a hipótese de serem herdeiros do *de cuius* pessoas que guardem relação de parentesco com o sobrevivente, concorrendo com outras que tivessem parentesco somente com o autor da herança.

³ Art. 1790, I e II do NCC.

Não existe no Novo Código Civil, um dispositivo que regule esta situação referente aos filhos do falecido (comuns ou exclusivos), com os quais deva concorrer o convivente supérstite. Desta forma, pairou a seguinte dúvida: ou o convivente supérstite concorreria com os descendentes comuns e exclusivos, como se todos fossem descendentes comuns aos dois, ou o convivente supérstite concorreria com os mesmos herdeiros como se todos fossem descendentes somente do autor da herança.

Além dessas duas modalidades para a apreciação da circunstância híbrida (presença de filhos comuns e filhos exclusivos, concorrendo com o convivente sobrevivente), outras duas, pelo menos, podem ser evidenciadas:

[...] uma que buscou *compor* as disposições contidas nos incisos I e II do art. 1790, atribuindo *uma quota e meia* ao convivente sobrevivente – equivalente à soma das quotas que a ele seriam deferidas, na hipótese de concorrer com filhos comuns (uma) e com filhos exclusivos (meia) –, e outra que igualmente buscou *compor* as duas regras, dividindo proporcionalmente a herança em duas sub-heranças, atribuíveis a cada um dos grupos de filhos (comuns ou exclusivos) incorporando, em cada uma delas, a concorrência do convivente sobrevivente.

Seja qual for a formulação ou critério que se escolha, contudo, a verdade é que parece torna-se impossível conciliar, do ponto de vista matemático, as disposições dos incisos I e II deste artigo 1.790.

Parece mesmo não haver fórmula matemática capaz de harmonizar a proteção dispensada pelo legislador ao convivente sobrevivente (fazendo-o receber o mesmo quinhão dos filhos que tenha tido em comum com o autor da herança) e aos herdeiros exclusivos do falecido (fazendo-os herdar o dobro do quanto dispensado ao convivente que sobreviver)⁴.

No que tange ao Direito de habitação, embora o Novo Código Civil não tenha tratado do direito real de habitação, esta matéria continua regulamentada pela Lei nº 9.278/96 que não foi revogada pelo Novo Código Civil, porque é lei especial. Venosa (2003, p.120) diz:

(...) a Lei nº 9.278/96 estabeleceu, no art. 7º, o direito real de habitação quando dissolvida a união estável pela morte de um dos companheiros, direito esse que perduraria enquanto vivesse ou não constituísse o sobrevivente nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>>. Acesso em: 23 maio 2008.

à residência da família. Somos da opinião de que é perfeitamente defensável a manutenção desse direito no sistema do Código de 2002. Esse direito foi incluído na referida lei em parágrafo único de artigo relativo à assistência material recíproca entre os conviventes. A manutenção do direito de habitação no imóvel residencial do casal atende às necessidades de amparo do sobrevivente, como um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos. Esse direito mostra-se paralelo ao mesmo direito atribuído ao cônjuge pelo novo Código no art. 1.831.

Se admitirmos que o artigo 7º da Lei 9.278/96 continua em vigor, ocorre outro conflito. O Código Civil confere ao cônjuge supérstite o direito real de habitação, desde que o imóvel destinado à residência da família seja o único deixado pelo *de cujus*. Entretanto, ao convivente não se aplicou esta limitação. Por conta disso existem duas teorias: a restritiva entende que ao convivente não se pode atribuir mais direitos do que ao cônjuge, assim só terá direito real de habitação se for o único imóvel a ser inventariado; a ampliativa entende que a lei não estabeleceu nenhuma restrição e não cabe ao intérprete fazê-la, assim a solução é não restringir o direito do convivente, mas ampliar o do cônjuge sobrevivente.

6 O CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL

Contrato de convivência, segundo Francisco José Cahali (2002, p. 55) é: “o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação, que serão tratadas adiante quando analisado o conteúdo das disposições contratuais entre os conviventes”.

O contrato de convivência, ou de união estável, pode receber outros nomes, como pacto concubinário, convenção concubinária, contrato particular de convívio conjugal, convenções entre os conviventes, dentre outras denominações criadas pela doutrina.

A Lei nº 9.278/96 tratava em seus artigos 3º, 4º e 6º da celebração e registro do contrato de união estável, mas estes foram vetados. Entretanto, o *caput* e no § 2º do artigo 5º desta lei, permitiram que os companheiros realizassem contratos desta natureza, com disposições até mesmo contrárias à referida lei:

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

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.725, também permite que haja um contrato escrito entre os companheiros para estabelecer regras patrimoniais, e que caso este não exista, será aplicado o regime da comunhão parcial de bens. Este regime de bens é aplicado ao casamento caso os cônjuges não firmem um pacto antenupcial. Sobre esta analogia aplicada pelo legislador entre o casamento e a união estável, no que diz respeito ao contrato de convivência e o regime de bens, Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 38) trouxe alguns esclarecimentos:

Indagava-se, com o advento da Lei n. 8.971/94, se era possível estabelecer tais pactos. Devemos pensar que se as pessoas são livres para estabelecer pacto antenupcial, da mesma forma, e por analogia, poderão também preestabelecer os rumos da economia e patrimônio dessas

relações, sem com isso afrontar a referida Lei. Se há essa liberdade para fazê-lo no casamento, da mesma forma poderá haver também para as relações estáveis. Ademais, a Lei n. 9.278, de 16 de maio de 1996, respondeu de vez essa questão.

Mesmo tendo sido vetados os arts. 3º e 4º, que tratava especificamente de registro de contratos entre os sujeitos de uma união estável (cf. Cap. 18), não há nenhuma proibição de fazê-lo. Ao contrário, o art. 5º dessa Lei, em seu *caput* e § 2º, previu a estipulação de contratos escritos, até mesmo para estabelecer disposições contrárias a ela.

Com relação às formalidades deste contrato, a lei apenas exige que seja um contrato escrito podendo ser público ou particular. Além disso, o momento para a realização deste pacto, segundo a melhor doutrina, pode ser antes do início da convivência, ou ainda, durante a constância da união estável.

Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p 39) explica as exigências legais com relação ao contrato de convivência: “A lei exige apenas que o instrumento seja escrito, não sendo essencial ao ato nenhuma outra formalidade, para sua validade, desde que expresse a manifestação de vontade de ambos os companheiros”.

Por outro lado, visto que se trata de um ato jurídico, o contrato de união estável está sujeito aos requisitos essenciais para a prática de qualquer ato desta natureza, como dispõe o artigo 104 do novo Código Civil: “Art. 104 - A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

A doutrina de Euclides de Oliveira (2003, p. 159) trata da forma do contrato de convivência, e acrescenta o seguinte:

Não há prescrição de forma específica para celebração de contrato dessa espécie, que se perfaz pelo só fato da união entre homem e mulher com a finalidade de constituir família.

Mas para a contratação relativa aos efeitos patrimoniais da vida em comum, a lei exige contrato escrito, estando aí, portanto, requisito formal de que não se pode prescindir, sob sujeição das partes ao condomínio sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, como dispõe a Lei 9.278/96, art. 5.º, ou ao regime da comunhão de bens, como está expresso no NOVO CÓDIGO CIVIL, art. 1.725.

Em seu livro “Contrato de Convivência”, pioneiro no assunto, o professor Francisco José Cahali (2002, p. 56), discorre brilhantemente sobre o tema:

Este contrato, na abrangência e finalidade aqui proposta, não reclama forma preestabelecida ou já determinada para sua eficácia, embora se tenha como necessário seja escrito, e não apenas verbal. Assim, poderá revestir-se da roupagem de uma convenção solene, escritura de declaração, instrumento contratual particular levando ou não a registro em Cartório de Títulos e Documentos, documento informal, pacto e, até mesmo, ser apresentado apenas como disposições ou estipulações esparsas, instrumentalizadas em conjunto ou separadamente, desde que contenham a manifestação bilateral da vontade dos companheiros.

Aliás, qualquer acordo, convenção, disposição ou manifestação, expressados pelas partes, ainda que a união estável e seu efeito patrimonial não tenham sido o objeto único ou principal do negócio jurídico que as contém, valerá como "contrato de convivência" na abrangência aqui tratada, enquanto instrumento ou pacto eficaz para traçar o destino dos bens adquiridos durante a relação, valendo apenas a identificação do elemento volitivo expresso pelos sujeitos.

Embora não seja a exigência legal o contrato de união estável pode ser levado a averbação ou a registro, como foi visto na citação acima, o que dá uma maior segurança aos companheiros, além de resguardar os direitos de terceiros que eventualmente contratem com um dos conviventes. Neste sentido, Euclides de Oliveira (2003, p. 159) declara:

Embora sem previsão legal para averbação ou registro do contrato, inegável que resta em aberto a possibilidade de ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos, para fins de segurança e conhecimento de terceiros. Melhor seria, ainda, que se possibilitasse o seu registro ou averbação no Registro de Imóveis, à semelhança do que estipulado para as convenções antenupciais (Lei 6.015/73, art. 167, inc. I, 12, e inc. II, 1).

Com na Lei nº 9.278/96 e no novo Código Civil, o contrato de convivência se limita a tratar das relações patrimoniais entre as partes que vivem em união estável. Euclides de Oliveira (2003, p. 160 e 161) explica:

A previsão do contrato de convivência, tanto na Lei 9.278/96 quanto no NOVO CÓDIGO CIVIL, está circunscrita aos limites das disposições sobre bens havidos pelos companheiros ou por serem adquiridos durante o tempo de vida em comum. Também se possibilita a estipulação de normas quanto à administração desses bens. [...]

Normalmente o ajuste se faz com relação à futura aquisição de bens no curso da união. Mas nada impede que se estabeleçam regras sobre bens havidos antes da assinatura do contrato, desde que efetivamente adquiridos após o início da vida em comum. Por certo que a estipulação, em tais casos, haverá de ser expressa, com indicação precisa dos bens abrangidos, uma vez que não se admite mera acordância tácita decorrente de um contrato genérico.

Sendo o contrato firmado na constância da união estável, este pode estabelecer regras sobre a titularidade dos bens que foram adquiridos antes do contrato, mas apenas se estes foram obtidos durante a convivência, isto é, o contrato de convivência só pode abranger os bens que foram adquiridos a partir da união estável, mesmo que o contrato tenha sido realizado em data posterior.

No que diz respeito aos bens pertencentes a qualquer dos companheiros, mas adquiridos antes do período de união estável, estes bens não podem passar a pertencer ao outro companheiro através do contrato de convivência, pois este não teria eficácia. Mas a transferência de bens que foram adquiridos por um convivente, antes da união, para o outro poderá ser realizada através de uma doação formal, desde que não sejam prejudicados os direitos de terceiros.

Desta forma, conclui-se que o conteúdo e a eficácia do contrato de união estável estão diretamente relacionados. Além disso, através deste contrato os companheiros podem estabelecer os mais diversos regimes de bens.

O contrato de convivência pode ser revogado, em regra, se ambos os companheiros assim consentirem. A doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 41 e 42) cita a autora Débora Gozzo, que por sua vez explica:

Mas, por ato bilateral, de comum acordo entre os companheiros, pode ser revogado o contrato de convivência. Excepcionalmente, a alteração poderá ser por ato unilateral, quando promovida a expressa renúncia de um convivente a um direito patrimonial reconhecido em anterior contrato. Assim, por exemplo, se pactuada a participação desigual entre os conviventes, um deles, desde que em benefício do outro, ou, sob outra ótica, em detrimento de uma vantagem prevista na versão original do contrato, pode renunciar ao direito que lhe era garantido, ensejando, embora indiretamente, a modificação do pacto.

Outro fator importante, observado na citação feita acima, é o de que é possível a pluralidade de contratos, sendo que as disposições genéricas de um contrato não são aplicadas em face de uma disposição específica de contrato posterior.

CONCLUSÃO

As uniões informais entre homem e mulher sempre existiram e nasceram espontaneamente na sociedade, caminhando paralelamente ao casamento, sendo num primeiro momento discriminadas pela sociedade e tidas como imorais. Porém, a convivência livre merecia proteção do Estado, por ser um modo de constituição familiar de inegáveis conseqüências jurídicas, como a responsabilidade dos conviventes para com os filhos em comum, a questão patrimonial, que causava injustiças principalmente para a mulher.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao reconhecer o instituto da união estável, e concedendo às famílias nesta situação direitos que a muito tempo lhe eram negados, passando a ser oficialmente reconhecidas como entidades familiares.

Com o novo Código Civil, o antigo concubinato puro recebeu nova denominação e perdeu sua conotação negativa, tornando-se união estável, e deixando de sofrer discriminação social.

O legislador do Código Civil de 2002 conceituou a família de fato que recebeu a proteção do Estado, e traçou diretrizes para a constituição desta, citando os requisitos da: diversidade de sexos, exclusividade, estabilidade, notoriedade, ausência de impedimentos matrimoniais, *more uxória* e *affectio maritalis*.

Merece destaque o requisito da *affectio maritalis*, como caracterizador deste tipo de união, visto que ao ser comparada com o casamento, onde pode faltar a *affectio maritalis*, pois o casamento civil decorre de formalidades que não estão presentes na união estável. Nesta, contudo o requisito acima mencionado não pode faltar sob pena de não existir a união estável, dada a ausência de formalidades para a sua constituição.

Importante ressaltar que não há equiparação da união estável e do casamento, mas mera analogia entre os dois institutos, com o objetivo de integrar as lacunas existentes na legislação a respeito do tema.

No tocante à esfera patrimonial da união estável, esta se assemelha ao casamento por ter o legislador do novo Código Civil aplicado o regime de comunhão parcial de bens, conforme o artigo 1.725 deste código.

O legislador teve que estabelecer um regime de bens exatamente pela ausência de norma legal a regulamentar o assunto, o que causava grandes transtornos no momento da dissolução da união.

Os alimentos neste tipo de família se baseiam no dever de assistência mútua entre os conviventes e está previsto no artigo 1.694 do Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais**. Barueri, SP: Manole, 2004.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A presunção absoluta e relativa no esforço comum para aquisição patrimonial na união estável. III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2001, Ouro Preto. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**. Anais... 578p. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002. p. 247-265.

CUNHA, Rodrigo Pereira (Coord.) **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**. Anais... 578p. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. **Manual prático de inventários e partilhas: de acordo com o novo Código Civil – Lei n. 10.406 de 10/01/2002**. 3 ed. São Paulo, 2003.

LIMA, Alciléa Teixeira. **União estável e concubinato**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.5, n.19, p.133-156, ago./set. 2003.

MALHEIROS FILHO, Fernando. **União estável**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. São Paulo: Editora Método, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil. Direito das sucessões**. 25 ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) com a colaboração de Zeno Veloso, São Paulo: Saraiva, 2002, v.7.

TEPEDINO, Gustavo. **A Parte Geral do novo Código Civil: Estudos na Perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFam, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.1.