

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**REGIME DE BENS E PARTILHA NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO
ESTÁVEL**

Fabiana Anadão Pinaffi

Presidente Prudente/SP
2005

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**REGIME DE BENS E PARTILHA NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO
ESTÁVEL**

Fabiana Anadão Pinaffi

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a Leila Raquel Garcia.

Presidente Prudente/SP
2005

**REGIME DE BENS E PARTILHA NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO
ESTÁVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito

Leila Raquel Garcia
Orientadora

André Luís Felício
Examinador

Francisco Tadeu Pelim
Examinador

Presidente Prudente, 24 de novembro de 2005.

Usos e costumes, por serem concretos,
constituem lei mais forte do que a lei

Carlos Drummond de Andrade

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que proporcionou durante toda minha vida acadêmica a sabedoria de não desistir.

Aos meus pais, Ison Pinaffi e Rita Odete Anadão Pinaffi, que me ajudaram com muito carinho e amor, a concluir esta nova etapa da minha vida.

Aos meus tios Luci Arlete Anadão Brambilla e Marcelo Roberto Brambilla, que me receberam em seu lar com carinho, e sobretudo, compreensão.

À Leila dos Santos, que com toda sua ternura me apoiou e não me deixou desistir nas horas mais difíceis.

Ao meu amor, Ronny Pimentel, que durante todo esse trajeto me proporcionou os mais belos momentos de alegria e felicidade.

E à minha orientadora, Leila Raquel Garcia, que sempre demonstrou uma enorme paciência na elaboração do presente trabalho.

RESUMO

Neste trabalho a autora analisa a evolução histórica das relações extra-matrimoniais e os direitos conquistados por essa espécie de família, dando prioridade à legislação posterior ao texto constitucional de 1988. Tal destaque se deve ao reconhecimento por parte do legislador constituinte da união estável como entidade familiar, o que proporcionou às famílias nesta situação direitos essenciais e aceitação social. Em 2002, o Novo Código Civil estabeleceu os parâmetros para a caracterização da união estável, diferenciando-a definitivamente do concubinato impuro. A jurisprudência foi de extrema importância no reconhecimento dos direitos previdenciários, trabalhistas, reconhecimento de filiação, entre outros. Ressalta-se que não houve a equiparação da união estável ao casamento, apenas foi aplicada analogia nos casos em que o legislador foi omissivo com relação à família de fato. A doutrina reconheceu a ausência de formalidades do instituto da união estável, como requisito próprio desta espécie de família, por este motivo não pode ser igualado ao casamento. Por outro lado, o artigo 1.725 do Novo Código Civil, atribuiu o regime de separação parcial de bens, utilizado no casamento, como regime legal ao qual as relações patrimoniais dos conviventes devem se submeter em caso das partes não estabelecerem regras próprias através de contrato de convivência.

PALAVRAS-CHAVES: União estável. Família. Meação.

ABSTRACT

In this work the author analyzes the historical evolution of the extra-marriage relations and the rights conquered for this species of family, giving priority to the posterior legislation to the constitutional text of 1988. Such prominence if must to the recognition on the part of the constituent legislator of the steady union as familiar entity, what it provided to the families in this situation right essential and social acceptance. In 2002, the New Civil Code established the parameters for the characterization of the steady union, differentiating it definitively of the impure concubinage. The jurisprudence was of extreme importance in the recognition of the previdenciarios, working rights, recognition of filiation, among others. It is standed out that it did not have the equalization of the steady union to the marriage, was only applied analogy in the cases where the legislator was omissive with relation to the fact family. The doctrine recognized the absence of formalities of the institute of the steady union, as requisite proper of this species of family, for this reason it cannot be equaled to the marriage. On the other hand, article 1,725 of the New Civil Code, attributed the regimen of partial separation of good, used in the marriage, as legal regimen to which the patrimonial relations of the friend must be submitted in case of the parts not to establish proper rules through convivence contract.

Keywords: Union estável. Family. Joint property.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. FAMÍLIA	11
1.1. Conceito e noções básicas de família	11
1.2. Evolução histórica da família em face da união estável	13
1.3. Distinções entre concubinato e união estável – questão da terminologia.....	18
2. A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	22
2.1. Do concubinato à união estável	22
2.2. Código Civil de 1916.....	25
2.3. Legislação, doutrina e jurisprudência posterior ao Código Civil de 1916 até os dias atuais	26
2.3.1. Do direito ao benefício previdenciário e à indenização por acidente	27
2.3.2. Do reconhecimento dos filhos	30
2.3.3. Da utilização do patronímico	32
2.3.4. Da locação de imóvel residencial	33
2.3.5. Súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre o concubinato	34
3. UNIÃO ESTÁVEL	36
3.1. Conceito e requisitos.....	36
3.2. Elementos para a configuração da União Estável.....	37
3.2.1. Diversidade de sexos	38
3.2.2. Exclusividade.....	40
3.2.3. Estabilidade.....	41
3.2.4. Notoriedade.....	42
3.2.5. Convivência <i>more uxória</i>	44
3.2.6. <i>Affectio maritalis</i>	45
3.2.7. Inexistência de impedimentos matrimoniais.....	46
3.2.8. Outras questões	50
3.3. Da conversão da união estável em casamento	51
4. CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL.....	54
4.1. Aspectos gerais	54
4.2. Forma	55
4.3. Mudança do contrato de união estável.....	56
4.4. Conteúdo	57
4.5. Meio de Prova.....	57
4.6. Revogação do contrato de união estável.....	58
5. DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E PARTILHA DOS BENS.....	59
5.1. Aplicação de regras do Direito de Família à união estável.....	59

5.2.Meação antes do Novo Código Civil.....	62
5.3.Meação após o Novo Código Civil.....	65
5.4.Questão dos alimentos	69
6. CONCLUSÕES.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

INTRODUÇÃO

A família de fato sempre fez parte de nossa sociedade, entretanto só foi reconhecida como entidade familiar pelo legislador constituinte em 1988, quando ganhou a denominação de união estável, através do artigo 226, § 3º da Magna Carta. No início deste trabalho foi demonstrada a importância das relações extra-matrimoniais dentro da sociedade ao longo dos tempos.

A nova nomenclatura surgiu com o objetivo de facilitar a aceitação social deste instituto, diferenciando-o do concubinato impuro, que até os dias atuais não é reconhecido como entidade familiar.

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,...deste instituto.

Ao longo do trabalho, ressaltou-se que 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.

Desta forma, o presente trabalho buscou demonstrar a importância deste tipo de relacionamento dentro da sociedade atual, e os efeitos patrimoniais diante do Novo Código Civil.

1 FAMÍLIA

1.1 Conceito e noções básicas de família

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.

1.2 Evolução histórica da família em face da união estável

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 distinguiam 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.

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.

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 por 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 Alciléa Teixeira 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.

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. 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* 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 ° 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.

1.3 Distinções entre concubinato e união estável – questão da terminologia

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” (São Pulo, 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 adjectivação 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 e 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” (grifo nosso).

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).

2 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 Do concubinato à 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 frequentes, 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.

2.2 Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 não trouxe regulamentação sobre o concubinato puro, mas impôs várias restrições com relação ao concubinato adúltero, 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 manutença 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 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).

2.3 Legislação, doutrina e jurisprudência posterior ao Código Civil de 1916 até os dias atuais

Depois do código Civil de 1916, houve uma evolução considerável da legislação sobre o assunto, como consequência, vários direitos foram atribuídos aos companheiros.

Entretanto, maior parte desse progresso legislativo só reconheceu direitos ao concubinato puro.

2.3.1 Do direito ao benefício previdenciário e à indenização por acidente

No mesmo sentido do já mencionado Decreto nº 2.681 de 1912, que tratava da responsabilidade civil das empresas de estradas de ferro, a Lei nº 3.724 de 1919, que dispoendo sobre acidente de trabalho, onde a companheira que comprovadamente é sustentada pelo homem, foi equiparada à esposa (ou cônjuge legítima), passando a ser a beneficiária na falta da esposa, ou caso esta não tenha direito ao benefício. Sendo imprescindível que a companheira tenha sido mencionada na condição de beneficiária em qualquer ato solene, como a carteira de trabalho ou registro no livro de empregados.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito à indenização da concubina, em caso de relacionamento que não fosse adulterino ou incestuoso, em decorrência de acidente de trabalho ou de transporte, sendo o assunto sumulado sob o número 35, dispoendo o seguinte: “Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

Também concedendo direitos de indenização à companheira, a primeira legislação previdenciária a atribuir direitos à concubina, foi o Decreto nº 20.465 de 1931, que por empregar a terminologia “mulher”, deu margem à interpretação extensiva, podendo ser o direito estendido à companheira.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 94), o marco de grande importância para a evolução dos direitos concernentes à união estável e Previdência Social foi a Consolidação das Leis Trabalhistas, de 1943, que disciplinou a declaração e registro dos dependentes. Com base neste registro, ocorreu o surgimento dos princípios sociais de amparo aos dependentes econômicos do falecido, estando entre eles a companheira, tais princípios estavam previstos no artigo 2º da “Lei Orgânica dos Serviços Sociais do Brasil”, Decreto-lei nº 7.526 de 1945. Este por sua vez, foi a primeira tentativa de unificação das normas previdenciárias, entretanto não entrou em vigor.

No mesmo campo, a Lei nº 3.807 de 1960, chamada de Lei Orgânica da Previdência Social, colocou a companheira como dependente de segunda classe, pois na falta dos dependentes legais, a companheira era colocada como beneficiária.

A Lei nº 3.087 de 1960 foi alterada pelos Decretos-leis nº 66 e 72, em 1966, e pela Lei nº 5.890 de 1973, que modificaram aquela lei unificando os institutos de aposentadoria e pensões, originando o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Em 1973, com o advento da Lei nº 5.890, a companheira passou a ser considerada beneficiária de primeira classe, concorrendo diretamente com a esposa. Além disso, esta lei inovou fixando o prazo de cinco anos de convivência entre os companheiros, em comunhão de vida e habitação, para que a companheira se tornasse beneficiária da Previdência Social.

Com as alterações realizadas na Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), pelo Decreto nº 72.771 de 1984 (nos artigos 10, I, §§ 4º e 6º; e 11, §§ 1º, 2º, 3º e 4º), não se fez mais necessário o prazo de cinco anos para que a companheira pudesse ser beneficiária se houvessem filhos decorrentes desta relação concubinária.

O prazo quinquenal estabelecido pela legislação previdenciária, influenciou outros ramos do Direito como requisito de caracterização da união estável, pois devido ao lapso temporal demonstra-se a estabilidade da relação. Entretanto, como já foi dito, há casos em que não é necessário tal prazo para que fique provada a estabilidade da união estável.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a necessidade de mudanças na legislação previdenciária, sendo assim, foram criados a Lei nº 8.213 em 1991 e o Decreto nº 611 em 1992, que expressamente consideraram a companheira dependente, e beneficiária do segurado da Previdência Social. O § 6º do artigo 13 deste decreto dispõe: “considera-se união estável aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar”. Tal conceito estendeu a condição de beneficiário o homem, ou a mulher, divorciados, separados de fato ou judicialmente, viúvos e solteiros.

Entretanto, em 1999, o Decreto nº 3.048 que alterou o Decreto nº 611 de 1992, excluiu os separados de fato, pois o artigo 16, § 6º deste decreto substituiu o artigo 13, § 6º do antigo decreto, dispondo: “Considera-se união estável aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem”.

Com o advento do Código Civil de 2002, o § 6º do artigo 16 do Decreto nº 3.048/99, deve ser interpretado de acordo com o conceito que o novo código trouxe de união estável que inclui os separados de fato, sendo assim, os companheiros nesta situação também são beneficiários. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 96 e 97), os tribunais tem proferido decisões neste sentido sobre acidente de trânsito e de trabalho,

aceitando, inclusive, a tese da prevalência da companheira sobre a esposa, nos casos de separação de fato, como exemplo, o autor traz as seguintes jurisprudências:

Tratando-se de benefícios acidentários pleiteados por concubina de obreiro falecido, que não a inclui como sua beneficiária perante o INPS, aplicam-se os princípios gerais da inscrição *post mortem* se comprovada a vida em comum pelo tempo legal por documentos e testemunhas e presumida a dependência econômica. O art. 11, § 1º da CLPS não é exaustivo, mas meramente exemplificativo, na indicação dos meios para comprovação do fato (2º CC do 2º TACSP, Ap. s/rev. n. 211.081-8, v. un. em 14.7.1988, rel. Juiz Acayaba de Toledo, RT 633/139).

A concubina tem legitimidade para pleitear indenização por morte do companheiro, decorrente de acidente de trânsito, ainda que casado o *de cujus*, se vivia sob sua dependência econômica e, ainda mais, se na declaração de imposto de renda daquele figurava com a qualificação de esposa (2.a CC Esp. do 1º TACSP, Ap. n. 437.594-2, v. un. em 11/7/1990, rel. Juiz Jacobina Rabello, RT 633/99).

Além da indenização decorrente do ato ilícito que resultou na morte do companheiro, Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 223 e 224) afirma que os tribunais tem admitido que a companheira que convivia por vários anos com seu companheiro, seja indenizada por perdas e danos, e autonomamente por danos morais.

Atualmente, os companheiros são considerados dependentes presumidos, entretanto, o benefício só se aplica ao concubinato puro. A autora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 51) explica o fundamento da restrição do benefício ao concubinato impuro:

Atualmente a Lei nº 8.213, de 1991, estabelece os companheiros como dependentes presumidos, determinando que se considera companheira ou companheiro “a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal”. Nesse caso, para requerer a concessão do benefício, o companheiro ou companheira deve inscrever o outro por meio dos documentos relacionados no Decreto nº 2.172/97 (art. 19, I, *b*: documento de identidade e certidão de casamento com averbação da separação judicial ou divórcio, quando um dos companheiros ou ambos já tiverem sido casados, ou do óbito, se for o caso), ou comprovando-se, após o falecimento do companheiro ou companheira, que se tratava de união estável. Nesse sentido, podemos observar que a princípio a legislação previdenciária em vigor não admite a aplicação do benefício ao concubinato impuro adúlterino; entretanto tem entendido a jurisprudência que, se houver a separação de fato, é possível a partilha do benefício entre o cônjuge separado de fato e o companheiro.

Outro aspecto importante não só no Direito de Família, como nos outros ramos do Direito, é que a Constituição Federal de 1988 igualou os direitos do homem e da mulher.

2.3.2 Do reconhecimento dos filhos

Com relação ao reconhecimento dos filhos, o Decreto nº 4.737 de 24 de setembro de 1942, tratou da possibilidade de reconhecimento voluntário ou forçado de filhos provenientes de relacionamentos extra-matrimoniais, posteriores ao desquite. Depois, o artigo 358 do Código Civil de 1916 foi modificado pela Lei nº 833 de 21 de outubro de 1949, permitindo o reconhecimento dos filhos em qualquer caso onde há a dissolução da sociedade conjugal.

Entretanto, somente em 26 de setembro de 1977, com a Lei nº 6.515, conhecida como Lei do Divórcio, foi reconhecido o direito de qualquer dos cônjuges, ao reconhecimento dos filhos, inclusive na constância do casamento, a ser realizado por testamento cerrado. A Lei do Divórcio reconheceu também a igualdade dos filhos consangüíneos, independentemente de sua natureza, ao direito à herança.

Como já foi dito, o artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988 proíbe a distinção entre os filhos, sendo eles iguais e tem os mesmos direitos, independentemente de sua origem, não sendo mais admitida a “ilegitimidade” dos filhos nascidos de relações extram-atrimoniais: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015 de 1973, exige em seu artigo 59 que os filhos havidos fora do casamento sejam registrados, devendo o pai comparecer no cartório para registrar seu filho, podendo ser substituída presença deste no cartório por procuração específica. Desta forma, os filhos frutos da união estável podem ser registrados em nome do pai, desde que haja o consentimento deste para tanto. Aqui, não há uma presunção de paternidade como ocorre no casamento, com base no artigo 1.597 do Código Civil de 2002.

O Procurador da Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul, Luís Paulo Cotrim Guimarães em trabalho apresentado no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado na cidade de Ouro Preto, Minas Gerais, e com publicação nos Anais (2002, p. 374) do referido evento, fez o seguinte comentário sobre a questão da presunção de paternidade na união estável:

Ora, se a regra prevê tal formalidade – a manifestação voluntária do pai no ato registral –, de nada valeria cogitar-se de *presunção de paternidade* na união estável, posto que a principal de suas consequências – a declaração da

paternidade do filho – é vedada à mãe sem o comparecimento ou assentimento do seu companheiro.

A lei só presume a filiação no caso do casamento, por ser este dotado de formalidades tanto em sua constituição como em sua dissolução. Conforme o posicionamento majoritário da doutrina, a ausência de formalidades na união estável dificulta a aplicação da presunção legal, servindo a união estável como indício para a propositura da ação de reconhecimento de paternidade. A doutrina de Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 222) traz este entendimento, e comenta o posicionamento:

Esse entendimento é também aplica aos casos concretos pelos nossos tribunais, que não consideram a simples verificação da existência do relacionamento como prova definitiva para a determinação da paternidade, posto que, à prova da existência do relacionamento extramatrimonial, presume tão-somente a existência de relacionamento sexual entre os companheiros, servindo de fundamentação para a ação de investigação de paternidade, como indício da paternidade.

Entretanto, no caso da união estável decorrente do simples casamento no religioso, pode haver a presunção legal de paternidade como ocorre no casamento civil. Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 224) cita o autor Rainer Czajkowski que comentou o assunto e apresentou uma jurisprudência em sua obra “União livre” (1999, p. 113):

Essa decisão foi citada por Rainer Czajkowski da seguinte forma: “A regra *pater is est...* aplica-se também aos filhos nascidos de companheira, casada eclesiasticamente com o extinto, suposta união estável prolongada [...] Negar esta presunção aos filhos nascidos de ‘união estável’, sob o pálio do casamento religioso, com vivência como marido e mulher, será manter funda discriminação, que a Constituição não quer e proíbe, entre filhos nascidos da relação de casamento civil, e filhos nascidos da união estável que a vigente Lei Maior igualmente tutela”. (Recurso Especial 23-PR – Rel. Min. Athos Carneiro, julgado em 19/9/89. In: *Jurisprudência Brasileira* 166/234). Em comentário a tal decisão, brilhantemente se posicionou o mencionado autor, dizendo que: “Note-se, por tudo isso, que a força das presunções nos dois casos é distinta. Na situação decidida pelo STJ, reconheceu-se *ex officio* a paternidade com o fim de dar legitimidade aos autores; mas houve condições para averiguar o matrimônio religioso dos pais e a sua convivência *more uxório*. Fica difícil, por exemplo, imaginar a incidência desta presunção, na união livre, perante o Registro Civil, vindo a mãe solteira para registrar o filho também em nome do seu parceiro. Em tais condições, talvez contribua a ‘investigação oficiosa da paternidade’ instituída pela Lei 8.560/92”.

Sendo assim, não há como se utilizar, na união estável, a presunção legal de paternidade da mesma forma como ocorre com o casamento civil. No entanto, a união estável é prova cabal de convivência e é reconhecida socialmente como verdadeira entidade familiar, sendo a paternidade presumida ao menos de fato, mas não legalmente.

2.3.3 Da utilização do patronímico

O artigo 16 do Código Civil de 2002 dispõe: “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. A doutrinadora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, 226 e 227) explica o nome civil:

Assim, nome civil é o meio de identificação e individualização que serve para a designação de uma pessoa, com o intuito de distingui-la dentre os demais indivíduos que convivem no mesmo grupo social. É, portanto, a referência do sujeito perante a sociedade.

[...]

O prenome é em regra imutável (art. 58 da Lei n. 5.015/73), salvo exceções previstas na lei. E o sobrenome, que serve para estabelecer a ascendência e a descendência, informando de qual família determinada pessoa provém, é adquirido *ipso iure* com o simples nascimento e reconhecimento, podendo, entretanto, ser modificado ou alterado na decorrência de um ato jurídico, como o reconhecimento de paternidade ou maternidade, a adoção, o casamento, ou por ato de interessados, mediante requerimento feito perante magistrado competente.

Hoje, por força do artigo 1.565 do Código Civil de 2002, qualquer um dos cônjuges pode acrescentar ao seu sobrenome o nome de família do outro. Entretanto, com relação ao nome dos companheiros, não há qualquer disposição expressa na legislação vigente.

Com base na Lei dos Registros Públicos, Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, foi dada autorização à mulher que era separada judicialmente, solteira ou viúva, companheira de homem, nas mesmas condições, ou seja, solteiro, separado judicialmente ou viúvo, a requerer a averbação do nome de seu companheiro em seu registro de nascimento, isto é, em caso de concubinato puro, chamado de união estável pelo novo Código Civil, a mulher poderia adotar o sobrenome de seu companheiro.

O mesmo disposto anteriormente se aplica ao homem, que por força do Princípio Constitucional da Igualdade (previsto nos artigos 5º, I e 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988; e 1.565, § 1º do Código Civil de 2002), tem os mesmos direitos que a mulher, ora companheira.

Acrescentava-se aqui o prazo de cinco anos para a caracterização da união estável (por influência da legislação previdenciária), a não ser que desta união já tenha filhos. Outro requisito imposto pela lei é que a companheira ou companheiro só podem adotar o patronímico do outro se não houver um ex-cônjuge que ainda o utilize, conforme o artigo 57, §§ 3º e 4º, da Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/73:

Art. 57. Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa.

§ 3º O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, **5 (cinco) anos ou existirem filhos da união.**

§ 4º O pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, **se a ex-esposa tiver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido**, ainda que receba pensão alimentícia.(grifo nosso)

Porém, com a entrada em vigor da Lei nº 9.278 de 1996 e o Código Civil de 2002, o prazo quinquenal deixou de ser exigido, passando a ser considerada apenas a “estabilidade do relacionamento” mantido pelos companheiros para a caracterização da união estável.

Euclides Benedito de Oliveira (2003, p. 235) comenta os motivos que levaram o legislador a desconsiderar o prazo de cinco anos, exigido pela lei antiga:

Vai reparo ao requisito de prazo mínimo de convivência por cinco anos. Ainda que tratada por lei especial, a adoção do patronímico pressupõe o fato da união estável, que, nos termos da Lei 9.278/96 e do NOVO CÓDIGO CIVIL (art. 1.723), prescinde daquele requisito temporal. Se a união estável, assim conceituada, possibilita mais extensos direitos (alimentos, herança e meação), além de permitir a conversão em casamento, resulta claro que poderá, também, ensejar requerimento de acréscimo do nome do companheiro, ainda que não comprovada a vida em comum por cinco anos. Faz lembrar o adágio: “quem pode o mais, pode o menos”.

O mesmo autor (2003, p. 237) afirma que como o legislador do novo Código Civil foi omissivo com relação ao nome adotado pelos companheiros, no que concerne a perda ou da volta do nome que utilizava anteriormente, aplica-se aos ex-companheiros analogia às regras pertinentes aos ex-cônjuges. Por exemplo, a companheira que haviam adotado o patronímico de seu ex-companheiro no tempo de convivência, pode voltar ao nome que utilizava antes da união estável se assim desejar, ou se for declarada como a responsável pelo rompimento da convivência, a não ser que a mudança prejudique sua identidade, ou a sua identificação para com os filhos, ou, ainda, se resultar a mudança de patronímico em danos ao seu direito pessoal.

2.3.4 Da locação de imóvel residencial

Em 1964, a Lei nº 4.494 trouxe permitiu que no caso do convivente que figura como locatário falecer, outro convivente continue a locação do imóvel. Posteriormente, essa disposição legal foi reafirmada pelo artigo 12, I da Lei nº 6.649 de 1979, nestas a sub-rogação dos direitos do locatário era feita através de pessoas que dependam economicamente daquele, Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 204) traz uma citação do

autor Rogério Lauria Tucci, que explica a relação de dependência econômica: “Que se considere dependente econômico do locatário sua concubina, ou vice-versa, desde que se cuide de concubinato puro, isto é, de natureza não adúlterina, e que estejam esses concubinos convivendo no mesmo lar”.

A atual Lei do Inquilinato, Lei nº 8.245 de 1991, além de tratar da sub-rogação dos direitos do locatário ao convivente em decorrência de sua morte, em seu artigo 11, I, trata também, no artigo 12, da dissolução da sociedade concubinária ou separação de fato:

Art. 11. Morrendo o locatário, ficarão sub-rogados em seus direitos e obrigações:

I – nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou **companheiro** e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cujus*, desde que residentes no imóvel;

Art. 12. Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou **dissolução da sociedade concubinária**, a locação prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel.(grifo nosso)

2.3.5 Súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre o concubinato

Como já foi dito, na evolução do Direito Brasileiro, o legislador buscava adequar a legislação aos fatos sociais, sendo aos poucos foi concedido o devido reconhecimento às uniões extramatrimoniais.

Inicialmente, eram aplicadas as regras do direito das obrigações ao concubinato, mesmo em sua forma pura, tendo sido esta reconhecido como entidade familiar apenas na Constituição Federal de 1988, onde passou a ser tratado por união estável, e a ser regido pelas regras do direito de família.

Para Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 52 e 53), o avanço jurisprudencial foi imprescindível para que a família de fato gerassem efeitos jurídicos, sendo afastadas com isso, as injustiças legislação antiga. A autora cita as quatro súmulas jurisprudenciais editadas pelo Supremo Tribunal Federal que tratavam das uniões de fato:

Súmula 35

Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem o direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

Súmula 380

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido com o esforço comum.

Súmula 382

A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

Súmula 447

É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com a sua concubina.

3 UNIÃO ESTÁVEL

3.1 Conceito e requisitos

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**” (grifo nosso).

Na mesma égide, Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 28 e 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 (2004, p. 69).

3.2 Elementos para a configuração da 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*.

3.2.1 Diversidade de sexos

Esta diversidade de sexos está calcada na Constituição Federal de 1988, que como vimos, reconheceu a união estável como entidade familiar, em seu artigo 226, § 3º, que prevê expressamente a diversidade de sexos: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre **homem e mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (grifo nosso). O mesmo ocorre nas Leis nº 8.971 de 1994 e nº 9.278 de 1996, assim como no novo Código Civil, em seu artigo 1.723.

A disposição da homossexualidade na legislação vigente que trata da união estável se deve ao fato desta ser a essência do casamento, e a sua ausência torna o casamento um ato inexistente.

Sendo assim, a relação homossexual não pode ser considerada união estável, embora tenham efeitos jurídicos e deva ser tratada com a devida importância, não são consideradas entidades familiares conforme a proibição do texto constitucional, este tipo de relação se submete ao direito das obrigações, e não ao direito de família. A autora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 118) ilustrou a questão com um julgado do Tribunal Federal da 4ª Região:

Sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo – Reconhecimento – Vedação da união estável – Art. 226, § 3º da CF – Pensão por morte – Art. 217, I, C da Lei 8.112/90 – Aplicação dos princípios constitucionais da igualdade – dignidade da pessoa humana e da promoção do bem-estar de todos sem preconceito ou discriminação – Interpretação analógica e sistemática da Lei 8.112/90. [...] É cediço que a concepção de união estável, prevista no art. 226, § 3º, da Constituição da República, não abarca o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, todavia, a sociedade de fato entre essas merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais, em virtude dos citados princípios constitucionais, bem como do art. 5º, II, da Constituição da República.
(TRF 4ª R. – AC 1999.04.01.074054-1-SC – Quarta Turma – Rel. Juiz Valdemar Capeletti - DJU 23/08/2000)

Segundo o autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 178) não é apenas o relacionamento homossexual que não pode ser chamado de união estável, mas qualquer união extramatrimonial que não pode ser posteriormente convertida em casamento, outros exemplos são a união incestuosa e a adúltera, que não merecem o status de entidade familiar:

[...] pode ser estatuído o seguinte: não há união estável, e nunca haverá, naquelas uniões que, por força do tratamento no Direito matrimonial, nunca poderão ser convertidas em casamento. Dois, basicamente, são os fundamentos de tal afirmação: a) a Constituição Federal estimula a constituição, *ab initio* ou por conversão, de famílias matrimoniais; quanto às outras famílias (informais e monoparentais), as reconhece, sem pretender a sua proliferação. A regra constante da parte final do § 3º do art. 226, da Constituição Federal, ao prever que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, é elucidativa a esse respeito; b) não houve equiparação entre família matrimonial e as outras famílias sociológicas (ora reconhecidas constitucionalmente), daí por que há a prevalência constitucional do casamento sobre outras formas de constituição (e manutenção) de família. Logo, não pode ser reconhecida como entidade familiar qualquer união não-parental que, abstratamente, não possa se transformar em casamento, pois do contrário estar-se-ia descumprindo a Constituição Federal com o estímulo à constituição de outras famílias que não a família matrimonial.

3.2.2 Exclusividade

A exclusividade está diretamente ligada ao princípio da monogamia, que norteia as entidades familiares, e conseqüentemente a união estável. Neste sentido o que a Constituição Federal de 1988 tenta combater são relacionamentos paralelos, como por exemplo, um casamento junto com uma união estável, ou duas uniões estáveis concomitantes.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 162 e 163) explica o sentido da exclusividade como requisito para a união estável:

A união extramatrimonial entre homem e mulher para fins de constituição de família e dotada de estabilidade, deve ser caracterizada como **único vínculo existente para ambos os companheiros**, ou em termos sintéticos, deve se tratar de uma união monogâmica. Ao contrário, se houvesse outro vínculo anterior, matrimonial ou não, de um dos partícipes de nova relação, a nova união necessariamente seria considerada concubinária, e não fundada no companheirismo e, assim, fora do alcance constitucional e dos efeitos inerentes ao instituto criador da família.

Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 31) afirma que a questão terminológica existente na legislação, pois em alguns casos, a exclusividade é chamada de fidelidade, e em outros de lealdade:

O Código Civil de 2002 eliminou a palavra fidelidade, substituindo-a por lealdade. Entendemos que fidelidade é uma espécie do gênero lealdade. Impõe-se como dever dos companheiros em atendimento ao princípio jurídico da monogamia, que, por sua vez, funciona como um ponto chave das conexões morais.

[...]

A lealdade está intrinsecamente atrelada ao respeito, consideração ao companheiro e, principalmente, ao *animus* da preservação da relação marital. Mesmo após a vigência da Lei n. 9.278/96, muitos autores continuaram nominando este dever marital de fidelidade, ao invés de lealdade, nomenclatura esta adotada, também, pela novel codificação. A razão de se adotar lealdade, ao invés de fidelidade, é o intuito do legislador de acatar uma postura mais ampla e mais aberta, posto que não se restringe à questão sexual, mas abrange a exigência de honestidade mútua dos companheiros.

A questão da fidelidade não é exatamente um requisito para a união estável, e sim, um elemento essencial à manutenção do relacionamento, e do respeito entre os companheiros. Pois se houver uma infidelidade, e mesmo assim a união estável superar tal crise, se caracteriza a estabilidade e solidez do relacionamento.

Entretanto, se a infidelidade, mesmo que esporádica, ocasionar a ruptura da união estável, conseqüentemente se extinguirá a entidade familiar. Na verdade, o que a lei proíbe são os relacionamentos paralelos, como violação do princípio da monogamia.

3.2.3 Estabilidade

A estabilidade significa a continuidade do relacionamento, de união duradoura. Entretanto, não se deve ignorar que a estabilidade por si só não configura a união estável, deve haver a presença do “*animus*” de constituir família. Trata-se de requisito inerente à união estável a ponto de ser marco que distingue esta do casamento, neste sentido, a doutrinadora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 120) argumenta o seguinte:

Importante lembrar que a durabilidade da relação é um dos requisitos que diferenciam a constituição da união estável do casamento, posto que, no casamento, a sua configuração se dá pela própria celebração, sem ser necessária a comprovação de durabilidade e estabilidade da relação. Por outro lado, na união estável este aspecto é de extrema relevância, uma vez que o requisito acaba diferenciando a união efêmera e passageira daquela com *animus* de constituir família, que poderá ser reconhecida como união estável.

Como já foi visto, por muito tempo, a legislação convencionou um prazo de cinco anos, que se concretizou como um costume consagrado, como forma de se comprovar a estabilidade do relacionamento.

Hoje, tal prazo é apenas uma referência, devendo haver outros fatores, como *affectio maritalis*, a dependência econômica, notoriedade, entre outros, para a caracterização da união estável. Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 35) lembra que essa estabilidade é relativa, mesmo no casamento, sendo assim, após cinco anos, uma união pode não ser estável, e ainda discorre mais:

Portanto, quando a lei diz “ou dele tenha prole”, está dizendo que cinco anos não é um prazo rígido, ou seja, que nem sempre era necessário o prazo de cinco anos para a “aquisição de estabilidade”. É também uma questão de lógica e bom senso, se é que as relações humanas possuem estes elementos integralmente. Mas basta considerarmos em cada caso suas características e verificar se aquela relação constituía-se, por exemplo, em um projeto de vida em comum, e aí poderemos ver com clareza que as uniões esporádicas não se enquadram nesse referido artigo.

Neste mesmo sentido, o legislador do Código Civil de 2002 não estipulou um prazo rígido para a caracterização da união estável, permitindo com isso uma maior flexibilidade das diretrizes da estabilidade do relacionamento extramatrimonial. Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 126) expõe sua opinião da seguinte forma:

Consideramos, então, que estabelecer prazo fixo de cinco ou dois anos para a caracterização da durabilidade de uma relação entre homem e mulher seria voltar a colocar de lado relacionamentos extramatrimoniais que não chegam a durar esse lapso de tempo, mas que, não se pode negar, consolidaram uma família.

Além disso, muitos casamentos formais não chegam a cinco ou dois anos, nem por isso deixam de ser, durante sua constância, família constituída. Portanto, entendemos que esse prazo, se não estiver estabelecido em lei, poderá servir apenas e tão-somente como parâmetro, como referência, que junto com os outros requisitos possa exteriorizar a estabilidade do relacionamento em questão.

A estabilidade deve ocorrer juntamente com a continuidade, mas no que diz respeito às separações esporádicas ou passageiras, sem a intenção de serem definitivas, como por exemplo, viagens de negócio, por motivo de doença, e até mesmo desavenças com reconciliações subsequentes, não rompem com a união, e conseqüentemente, não desconfiguram a estabilidade. Por outro lado, se as brigas forem injustificadas, e ocorrerem com a intenção de que não haverá futura reconciliação, neste caso, o relacionamento pode ser considerado inconstante e frágil, não se caracterizando a união estável.

Desta forma, conclui-se que não é qualquer tipo de separação que comina no rompimento do relacionamento, sendo assim, cabe ao julgador analisar em cada caso concreto se há ou não a existência da união estável, baseando-se nos outros requisitos, evitando que os relacionamentos efêmeros, sem qualquer intenção de constituir família, se passem por uniões estáveis. Ou, ainda que famílias que são verdadeiras uniões estáveis, sejam vítimas de injustiças devido à ausência do lapso temporal, já superado pelo ordenamento jurídico.

3.2.4 Notoriedade

A convivência entre os companheiros deve ser pública, esta “publicidade” deve ocorrer dentro do meio social em que os companheiros vivem, entre a família, mesmo que o relacionamento tenha se iniciado de maneira discreta.

A doutrina de Euclides de Oliveira (2003, p. 132) explica o requisito da notoriedade, como se segue:

Há de ser pública a convivência na união estável, isto é, de conhecimento e reconhecimento no meio familiar e social onde vivam os companheiros. Não é preciso que eles proclamem, festejem ou solenizem a vida em comum. Se o fizerem, tanto melhor, mas a formalização da união se mostra dispensável na espécie, diferente do casamento, que é ato eminentemente solene e de pública celebração.

Na união estável, ainda que iniciada sem alarde, preciso é que o *modus vivendi* dos companheiros se evidencie socialmente como se fossem marido e mulher. Seu comportamento deve ser apreciado nesse enfoque, como se casados fossem, ainda que se saiba que é união informal.

Sendo assim, não configura união estável o relacionamento que se baseia em encontros ocultos, de forma clandestina, onde a publicidade é restrita apenas às pessoas

que formam o ambiente doméstico, além do fato de que neste não há compatibilidade para se constituir uma entidade familiar.

Na verdade, “**publicidade**” não é o termo que deve ser utilizado como requisito para a união estável, e sim a notoriedade, pois tudo o que for público é também notório, mas nem tudo o que é notório é público.

Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 166) afirma:

A união conjugal, como se sabe, é tornada pública não somente por todo o processo de habilitação ao casamento, como também pelo registro do assento de casamento no Cartório de Registro Civil, justamente como forma de evitar a bigamia, sob o aspecto formal, ou seja, facilitando a descoberta da existência de prévio vínculo matrimonial por parte daquele que contraiu matrimônio. No que permite ao companheirismo, não existe o registro, tal como a lei prevê em relação ao casamento, motivo pelo qual a notoriedade da união é considerada característica de modo a tornar evidenciada, aos olhos dos outros, a comunhão de vida e de sentimentos que os partícipes da relação vêm mantendo, como se casados fossem. Na eventualidade de ambos os companheiros declarem a união em juízo ou perante tabelião, ou ainda, um deles reconhecer o companheirismo em testamento cerrado, mais uma vez afigura-se reforçada a característica da notoriedade, agora sim sob a denominação de publicidade, pois gerará efeitos *erga omnes*. Desse modo, a notoriedade não perde sua razão de ser como característica, não servindo apenas no campo da prova.

A ilustre autora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 128 e 129) discorre sobre a diferença entre a publicidade e a notoriedade:

[...] essa questão não é tão simples assim. Devemos tomar cuidado com o termo “publicidade” utilizado pelo legislador pátrio. Entendemos que essa publicidade não deve atingir o direito à intimidade das pessoas envolvidas. É permitido o recato ou resguardo à privacidade da vida íntima dos companheiros. Queremos dizer que o fato de o relacionamento ser discreto não afeta a notoriedade ou publicidade da sociedade familiar. Isto demonstra que não é necessário que as pessoas divulguem aos quatro cantos que estão vivendo em união estável. O que realmente importa é que as pessoas que realmente importa é que as pessoas que efetivamente mantenha relações de amizade, parentesco ou conhecimento íntimo com os conviventes reconheçam esse tratamento familiar. Portanto, essa publicidade que deve existir necessita estar relacionada com a notoriedade do tratamento familiar entre o casal, pelo menos perante as pessoas mais próximas, que tenham contato direto com eles. Ou seja, familiares, amigos e outras pessoas da sua convivência.

A autora ainda cita o doutrinador Rainer Czajkowski (apud Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, 2004, p. 129) que discorre sobre a questão da notoriedade:

A importância da notoriedade é voltada para o elemento probatório da existência da união estável e não propriamente para sua constituição, sendo indiferente a amplitude dessa notoriedade. Ressaltamos, ainda, que a publicidade e a notoriedade nem sempre estão atreladas à convivência *more uxorio*, ou seja, convivência sob o mesmo teto.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 30) pode haver a notoriedade sem que seja necessário expor a intimidade dos companheiros:

Há situações de aparente incompatibilidade, em que conhecimento ou divulgação faz-se dentro de um círculo restrito de amigos e pessoas da íntima relação de ambos. Entretanto, não é também elemento essencial para a caracterização do instituto e poderá perfeitamente, em caso de necessidade, ser provada a relação por testemunhos de pessoas do círculo mais restrito e íntimo de amizade.

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 130) lembra que desta mesma forma são os posicionamentos da melhor doutrina: “... Caio Mário da Silva Pereira, Luiz Augusto Gomes Varjão, Fernando Malheiros Filho, Marco Aurélio S. Viana, entre outros”, além dos doutrinadores supra citados.

Finalmente, como a maioria dos demais requisitos, a notoriedade não deve ser considerada de forma isolada para que se reconheça a união estável, para tanto devem estar presentes outros requisitos.

3.2.5 Convivência *more uxoria*

A *more uxoria* é a convivência como marido e mulher, em comunhão de vida, trata-se da exteriorização de que os dois vivem como um casal. Entretanto, não é necessário que ocorra a convivência sob o mesmo teto.

Hoje, já se entende que não é mais requisito essencial para a união estável que os companheiros vivam sob o mesmo teto, principalmente por que é essencial que além da convivência *more uxoria* haja outros requisitos capazes de caracterizarem a união estável.

A doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 30) ressalta que o conceito e os requisitos da união estável sofreram várias mudanças:

No Direito brasileiro, já não se toma o elemento da coabitação como requisito essencial para caracterizar ou descaracterizar o instituto da união estável, mesmo porque, hoje em dia, já é comum haver casamentos em que os cônjuges vivem em casas separadas, talvez como fórmula para a durabilidade das relações. A proteção jurídica é da união estável em que “os companheiros vivem em comum por tempo prolongado, sob o mesmo teto ou não, mas com aparência de casamento”.

Para alguns doutrinadores, a dificuldade não estaria no casamento civil, e sim em diferenciar um simples namoro de uma verdadeira entidade familiar. Ocorre que a convivência sob o mesmo teto, sozinha não é prova da existência da união estável, é necessário que estejam presentes os demais requisitos. Desta forma, não haveria como não

reconhecer uma autêntica união estável, apenas pela ausência da convivência sob o mesmo teto, se estiver presentes os demais requisitos necessários.

Como já foi visto, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, através da súmula 382, entendimento neste sentido: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Fernando Malheiros Filho (apud Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, 2004, p. 134) faz um comentário interessante sobre este assunto:

A inexistência de coabitação, em que pese exsurja claramente da soma dos atributos consignados como necessários à consecução da entidade familiar pelo artigo 1º da Lei 9.278/96, não haverá de servir de impedimento absoluto aos efeitos do relacionamento entre homem e mulher. Mas, ante a sua inexistência, a prudência e o rigor no exame da questão haverão de ser redobrados e não só na averiguação dos requisitos essenciais, mas no sentido de que, sem a vida *more uxorio*, não se firma a presunção de mútua colaboração, auxílio e apoio recíproco, trabalho doméstico, e outros aspectos que justificam moral e juridicamente o regime de comunhão que a verdadeira união estável determina.

3.2.6 *Affectio maritalis*

A *affectio maritalis* é a intenção dos companheiros ou cônjuges de viverem juntos para constituírem uma família. É a vontade, o *animus*, dos conviventes de estarem na condição de casados, ou de companheiros, para desfrutarem da vida em comum e construir uma família.

Com base na *affectio maritalis*, não é qualquer relacionamento que pode ser considerado entidade familiar. Este é o elemento primordial da união estável, uma vez que esta entidade familiar decorre principalmente da vontade das partes estarem juntas, convivendo, como uma família, com o intuito de ser uma família.

Nas palavras de Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 137):

Não temos dúvidas de que a *affectio maritalis* deve se fazer presente a todo instante na união estável – diferentemente do casamento, que pode continuar existindo mesmo sem a presença da *affectio maritalis* entre os partícipes, posto que a celebração lhe concede a validade jurídica e somente a sentença judicial de divórcio ou a morte faz romper definitivamente o vínculo matrimonial válido existente. Assim, a união estável só subsiste com a vontade renovada diariamente entre os companheiros e a *affectio maritalis*, na união estável, acaba sendo de vital importância para o seu reconhecimento como entidade familiar.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 206) a *affectio maritalis* significa:

Como requisito subjetivo, a *affectio maritalis* representa o elemento volitivo, a intenção dos companheiros de se unirem cercados de sentimentos nobres, desinteressados, com pureza d’alma, congregando amor, afeição, solidariedade,

carinho, respeito, compreensão, enfim, o germe e o alimento indispensáveis, respectivamente, à constituição e manutenção da família.

Na concepção de Rainer Czajkowski (apud Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 2001, p. 206): “...é de considerar que o objetivo de constituir família, como conteúdo mínimo da união para efeito de entidade familiar, vincula-se em muito ao aspecto da seriedade da relação. É elemento volitivo”.

Na mesma linha, Euclides de Oliveira (2003, p. 135) ilustra o tema com um julgado do TJRS:

União estável. Entidade familiar. Prova *affectio maritalis*. (...) Fica demonstrada a união estável quando o casal mantém prolongada vida em comum com o ânimo de constituir família, havendo prova segura do relacionamento marital, em tudo assemelhando-se ao casamento, marcado por uma comunhão de vida e de interesses. (7.^a Câmara Cível do TJRS, Ap. Cív. 70003620093, Rel. Des. Sérgio Fernandes de Vasconcellos Chaves, j. 06.03.2002).

Por fim, Francisco José Cahali (apud Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 2001, p. 207), a este respeito, destaca a assistência emocional e as obrigações conjugais nos requisitos subjetivos da união estável, estando a *more uxoria* e a *affectio maritalis* diretamente relacionadas:

Integra este elemento, ainda, a assistência emocional recíproca, sendo o afeto, o carinho e a atenção fatores de fundamental relevância, na medida em que são indispensáveis ao desenvolvimento digno da personalidade e do caráter das pessoas. Também, o cumprimento do débito conjugal, ao lado de ser elemento essencial ao concubinato pela sua semelhança ao casamento, representa, neste particular, expressão de afeto e carinho recíprocos, envolvendo a convivência *more uxória*, afastando, naturalmente, o mero apetite sexual desvinculado de sentimentos nobres.

3.2.7 Inexistência de impedimentos matrimoniais

Antes do novo Código Civil, muito se discutia com relação à aplicação dos impedimentos matrimoniais à união estável, pois a Lei nº 8.971/94, que regula os direitos dos companheiros a alimentos e a sucessão, ao falar do estado civil das partes, excluiu o direito do separado de fato constituir nova união, já que este ainda mantém o vínculo conjugal. Mesmo com o advento da Lei nº 9.278/96, a legislação continuou omissa com relação aos requisitos de natureza pessoal dos companheiros.

Com o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.723, § 1º diz que não poderá haver união estável se presentes os impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521 do

mesmo código, no entanto, não se aplica à união estável o impedimento matrimonial em decorrência de vínculo, por estar a pessoa casada separada judicialmente ou de fato:

Art. 1.723. [..]

§ 1º A união 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.

Mesmo com a previsão deste artigo do Código Civil de 2002, ainda é uma questão polêmica, originando várias divergências entre doutrina e jurisprudência. Por este motivo, devem ser analisadas duas questões: se a separação de fato rompe com as obrigações entre os cônjuges, principalmente de fidelidade e coabitação entre estes; e caso seja comprovada a separação de fato, se poderá ser reconhecida uma união estável entre um dos separados de fato e uma terceira pessoa.

A legislação vigente concede aos cônjuges a possibilidade de se separar judicialmente, e até mesmo se divorciar, entretanto, muitos casais continuam formalmente casados. São diversos os motivos que levam essas pessoas a não procurar o judiciário e dissolver legalmente o casamento, e ainda assim, passam a viverem novos relacionamentos com terceiras pessoas.

A autora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 151 e 152) apresenta os motivos mais comuns:

Provavelmente são incontáveis as justificativas aplicáveis para a existência desses casamentos “de papel”. Na maioria das vezes, as partes não rompem definitivamente a sociedade conjugal por questões morais e sociais, como a existência de filhos, a vergonha, perante a sociedade, de demonstrar que “casou mal”, ou que não soube levar a diante a sua promessa de casamento.

Em outras situações, a questão é meramente financeira, pela falta de recursos para promover o rompimento no Judiciário. Mas também pode ser por mero descaso, quando uma das partes simplesmente não quer mais viver em comunhão de vida e desaparece, deixando a outra parte sem notícias e vinculada a um casamento que, na verdade, não mais existe.

Logicamente, essas são apenas algumas situações que resultam nessas separações de fato, sem a ruptura judicial do casamento.

Como estamos tratando de relações pessoais, que naturalmente, não se submetem às regras, o Direito teve ser tão dinâmico quanto estas relações, o jurista e o juiz passaram a aplicar as normas de forma a garantir a distribuição da justiça. Sendo assim, o juiz deve estar atento para que na ausência ou omissão da lei, não prejudique o caso concreto e que este seja realmente analisado de forma justa.

Para a corrente doutrinária minoritária, a simples separação de fato não rompe com o vínculo matrimonial, assim os deveres do matrimônio só cessam com a decisão judicial de separação ou de divórcio. Com base neste posicionamento, o separado de fato é pessoa

casada, desta forma se mantiver um relacionamento extramatrimonial estará sujeito às sanções pela violação aos deveres conjugais. Neste sentido, a autora Maria Helena Diniz (apud Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavacanti, 2004, p. 151 e 152) afirma:

[...] o separado de fato é na verdade uma pessoa casada, e casamento não se rompe com o simples decurso de tempo. Assim, seria conferir direitos a um ilícito. O simples fato da existência do requisito temporal de dois anos para o pedido de divórcio não eximiria a pessoa separada de fato de estar cometendo o crime de adultério. Além disso, a falta de afeição também não promove o rompimento do vínculo matrimonial. Portanto, a ausência do impedimento matrimonial deveria ser requisito necessário para a configuração da união estável.

Entretanto, o posicionamento majoritário da doutrina compreende a separação de fato como forma de rompimento das obrigações decorrentes da relação matrimonial, neste mesmo sentido, a jurisprudência mais recente reconhece a união estável nestes casos, sendo absolvido este entendimento pelo próprio legislador do novo Código Civil, como foi visto no artigo 1.723, § 1º deste código.

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 152 e 153), se posiciona juntamente com esta visão majoritária, e explica:

A fundamentação para essa tese favorável ao rompimento dos deveres conjugais com a separação de fato é a inexistência de efetiva comunhão de vida. Nesse sentido, se não há mais a comunhão de vida e a conseqüente vontade de permanecer em casamento constituindo uma família, não há que se falar em dever conjugal.

Salienta-se, ainda, que a maioria dos julgados defensores dessa tese fixou esse entendimento para dirimir conflitos relativos à partilha de patrimônio adquirido durante a separação de fato. Os julgadores entenderam que, se já rompida a comunhão de vida quando adquirido o patrimônio, não haveria direito de partilha ao outro cônjuge, sob pena de se configurar um enriquecimento ilícito.

Há um outro ponto que deve ser destacado, a separação de fato da qual estamos tratando deve ser a definitiva, com possibilidades remotas ou inexistentes do restabelecimento do relacionamento conjugal.

Além dos argumentos já apresentados, a Constituição Federal de 1988 não definiu o estado civil necessário para que se possa constituir a união estável, o objetivo do legislador constitucional ao impor alguns dos impedimentos matrimoniais aos companheiros foi o de facilitar ao máximo que esta pudesse, posteriormente transformada em casamento. E mesmo assim, a Constituição Federal reconheceu a separação de fato ao conceder aos ex-cônjuges, ora separados de fato, a possibilidade do divórcio direto após dois anos da separação de fato.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 183) também dá destaque a esta questão:

A Constituição Federal não introduziu restrições ou limitações a existência do companheirismo; ao contrário, buscou reconhecê-lo diante da realidade social, facultando aos seus partícipes a conversão da união em casamento, nos termos da lei a ser editada. Quanto a esta faculdade, evidentemente, o texto pressupôs a idoneidade jurídica dos partícipes para o matrimônio, não no sentido de limitá-la ou restringi-la a determinado estado civil, mas sim no de possibilitar a pronta conversão, desde que preenchidos os requisitos necessários. Em outras palavras: a Constituição objetivou que os companheiros ou já estivessem desimpedidos em sentido amplo, ou em condições objetivas e subjetivas de se liberarem (veja-se, *v.g.*, a hipótese do casado, separado de fato há dois anos, que pode prontamente obter o divórcio direto; ou a hipótese do separado judicialmente, nesse sentido há um ano).

Finalmente, há de ser reconhecida a separação de fato, pois não há mais o requisito da *affectio maritalis*, e um casamento onde os cônjuges não possuem mais vontade de estarem casados e de constituir uma família é um casamento meramente formal, já que a ausência de vontade resulta na decadência deste. O *animus* de formar uma família decorrente desta união é o elemento primordial de qualquer entidade familiar.

Por outro lado, há de se atentar que a união extramatrimonial concomitante ao casamento, isto é, um dos cônjuges além de viver casado com seu marido ou mulher, mantém um relacionamento amoroso com outra pessoa, um terceiro, esta união não pode ser chamada de união estável, e não se trata do instituto disposto no artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988. É na verdade, o caso do concubinato impuro ou adúlterino que não tem a proteção do Estado e não é reconhecido como entidade familiar pelo nosso legislador.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 66):

Em outras palavras, o Direito, através das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 e do Código Civil de 2002, não protege o “concubinato adúlterino”. A amante, amásia – ou qualquer nomeação que se dê à pessoa que paralelamente ao vínculo do casamento, mantém uma outra relação, uma Segunda ou terceira... –, será sempre a outra, ou o outro, que não tem lugar oficial em uma sociedade monogâmica. Alguns autores preferiam nomear essas relações como “concubinato impuro”, em oposição a “concubinato puro” ou “honesto”, que é quando não há impedimento legal para o estabelecimento da relação. É um paradoxo para o Direito proteger as duas situações concomitantemente. Isto poderia destruir toda a lógica do nosso ordenamento jurídico, que gira em torno da monogamia. Isto não significa uma defesa moralista da fidelidade conjugal. Trata-se de invocar um princípio jurídico ordenador, sob pena de se desinstalar a monogamia. Em síntese, a proteção jurídica às relações livres como entidades familiares, é somente aplicável àquelas não-adúlterinas.

3.2.8 Outras questões

Além dos requisitos apresentados anteriormente, se faz necessária a análise de outras questões relacionadas à união estável e sua caracterização. Entretanto, mesmo estas não se confundem com os efeitos decorrentes da união estável.

No que diz respeito à união estável putativa, que é a hipótese onde um dos companheiros esteja de boa-fé, sem saber que seu convivente mantém outras uniões, apesar de não estar caracterizada a união estável, por violação do requisito da exclusividade, por exemplo, para o companheiro de boa-fé surtirão todos os efeitos como se existisse uma autêntica união estável entre ele e seu consorte. Ou ainda, ambos estejam de boa-fé, como por exemplo, pai e filha que sem saber do parentesco, vivam em união estável, para estes também serão válidos os efeitos deste relacionamento como se fosse legítimo.

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 169) trata da união estável putativa em sua obra, onde afirma:

[...] se é a ignorância que determina a putatividade, podemos considerar que esse benefício pode ser utilizado, portanto, também em casos de união estável.

Nota-se, que se for o caso de a união mais antiga ser o casamento civil formal, a esposa legítima ou marido legítimo não podem ser prejudicados, devendo ser respeitados o regime de bens e o direito sucessório. Entretanto, a companheira ou companheiro de boa-fé poderá pleitear o que lhe cabe, principalmente na construção patrimonial, presumidamente constituída em conjunto durante o relacionamento estável.

Por outro lado, se a união anterior for uma entidade familiar formada pela união estável, os efeitos da putatividade deverão ser estabelecidos de acordo com a duração de cada união, somente se beneficiando o companheiro de boa-fé, já que a multiplicidade das uniões estáveis é vedada pelo requisito da exclusividade.

Nos casos de união estável putativa se aplica por analogia o artigo 1.561 do Código Civil, que trata do casamento putativo, por se tratar de norma benéfica do direito de família.

Com relação ao nascimento de um filho, este não pode ser o único requisito para a caracterização da união estável. Entretanto, se o nascimento de filho atrelado com outros requisitos essenciais para a configuração da entidade familiar, poderá ser considerado como elemento caracterizador da união estável.

Para Francisco José Cahali (apud Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 2001, p. 211):

Procurando aproximação ao patrimônio, ou, vista sob outro ângulo, exigindo, para a sua comprovação, a convivência *more uxorio*, apresentando-se os companheiros perante a sociedade como se casados fossem, é natural a relevância do evento prole para a dogmática da união estável. (...) Assim, o

nascimento do filho vem sendo considerado como um fato valorativo do concubinato, demonstrando a solidez e estabilidade da ligação para capacitá-lo a produzir efeitos.

A ilustre doutrinadora Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 140 e 141), discorre sobre o tema:

Ressaltamos que, mesmo no casamento, a prole não é uma obrigação, sendo talvez considerada como uma finalidade ou conseqüência e, sendo assim, não poderíamos encarar a existência de um filho como prova de uma união estável.

[...]

Essa questão tomou mais importância, quando da promulgação da Lei n. 8.971/94, que utilizou o fator da prole para regulamentar os alimentos e a sucessão na união estável. Depois da Lei n. 9.278/96, que não faz nenhuma menção ao elemento “prole”, e do texto do novo Código Civil, verificamos que a existência de filhos não basta para que se configure a união estável.

No tocante à dependência econômica, Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 32) diz que: “também pode servir de elemento de auxílio à caracterização do concubinato, é preciso reconhecer que, hoje em dia, muitos relacionamentos se estabelecem entre homens e mulheres economicamente independentes”.

3.3 Da conversão da união estável em casamento

O artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar, na parte final deste parágrafo, concedeu a possibilidade dos companheiros converterem sua união em casamento: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento**” (grifo nosso). Nesta mesma linha, estão os artigos 8º da Lei nº 9.278/96: “Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, **requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio**” (grifo nosso); e 1.726 do novo Código Civil: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

Ocorre que mesmo havendo a previsão legal, estes dispositivos não tratam do procedimento a ser seguido para a realização da conversão da união estável em casamento. Em sua análise à falha do legislador, Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 147) cita a Professora Giselda Hironaka, que em seu “olhar crítico”, concluiu: “Esta é a mais inútil de todas as inutilidades”. O doutrinador, ainda complementou: “Não sem razão. Falhou o legislador, por não estabelecer os critérios, pressupostos, formas e conseqüências deste

pedido, enfim, não explicitou seu conteúdo, deixando aos órgãos judiciais ‘legislar administrativamente’ sobre o assunto”.

Em razão da lacuna do dispositivo legal, alguns Estados da Federação baixaram a regulamentação através de Resoluções de seus Tribunais de Justiça, como os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. O Estado de São Paulo, através do provimento 10/96 de sua Corregedoria Geral da Justiça, trouxe tal regulamentação que alterou as Normas de Serviço da Corregedoria, que por sua vez, tratavam do registro Civil das Pessoas Naturais, para possibilitar a realização da conversão da união estável em casamento. Euclides de Oliveira (2003, p. 151 e 152) citou em sua obra, tais regras procedimentais:

- A conversão da união estável em casamento deverá ser requerida pelos conviventes ao oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais de seu domicílio.
- Recebido o requerimento será iniciado o processo de habilitação, devendo constar dos editais que se trata de conversão de união estável em casamento.
- Decorrido o prazo legal do edital, será lavrado o assento da conversão da união estável em casamento, independentemente de qualquer solenidade, prescindindo o ato da celebração do matrimônio.
- O assento da conversão da união estável em casamento será lavrado no Livro B, exarando-se o determinado no art. 70, 1 a 10, da Lei de Registros Públicos, sem a indicação da data da celebração e o nome e assinatura do presidente do ato, cujos espaços próprios deverão ser inutilizados, anotando-se no respectivo termo que se trata de conversão de união estável em casamento, tal como regulada no art. 8.º da Lei 9.278/96.
- A conversão da união estável dependerá da superação dos impedimentos legais para o casamento, sujeitando-se à adoção do regime matrimonial de bens, na forma e segundo os preceitos da lei civil.
- Não constará do assento do casamento, convertido a partir da união estável, em nenhuma hipótese, a data do início desta.

Sendo assim, não constará do processo o tempo em que o casal vivia em união estável, este período continua a ser sujeito às normas e efeitos da união estável. Outra observação importante, é que o pedido de conversão deve ser feito pelos interessados ao oficial do Registro Civil, e não ao juiz como disse o artigo 1.726 do Código Civil de 2002, visto que o juiz de paz não atua na conversão, pois não é feita a celebração solene como no casamento civil.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 510 e 511) fez um interessante comentário sobre o assunto em sua doutrina, onde levanta algumas questões interessantes sobre o tema:

Uma vez formulado o requerimento de conversão, ainda que um dos companheiros ou ambos venham a falecer antes da efetiva conversão, não haverá impedimento para que o sr. Oficial do Registro Civil registre a conversão após ultrapassados os trâmites relativos à publicação dos editais, decurso do prazo e

registro dos editais, com a conseqüente habilitação e registro da conversão Tal conclusão advém do reconhecimento de que o simples consentimento dos companheiros no sentido de transformarem a união extramatrimonial em casamento é suficiente para a conversão, não sendo necessário qualquer outro ato dos companheiros para tal, não podendo ser prejudicados pela pendência de algum ato no curso do procedimento, alheio às suas vontades. É preciso que os companheiros manifestem inequivocamente suas vontades no sentido de formular o requerimento de conversão, comparecendo perante o Cartório de Registro Civil ou estando na presença do Oficial do Registro Civil, chamado ao local para receber as manifestações volitivas dos companheiros, na eventualidade de um deles estar em iminente risco de vida. De toda sorte, a exemplo do casamento nuncupativo, será possível a conversão ainda que um deles esteja prestes a morrer, desde que tenha condições de expressar o seu desejo de converter o companheirismo em casamento, adotando-se, *mutatis mutandis*, as regras previstas no art. 76, da Lei 6.015/73.

Euclides de Oliveira (2003, p. 153) cita a conclusão feita por Rodrigo da Cunha Pereira sobre a conversão da união estável em casamento no Direito brasileiro:

[...] a regra do novo Código Civil brasileiro, ao determinar que o procedimento da conversão deverá ser judicial e não administrativo, como anunciou a Lei 9.278/96, está dificultando o processo, e não facilitando (...). O sentido prático e facilitador da conversão em casamento seria, principalmente, o de se estabelecer regras patrimoniais retroativas ao termo inicial da união estável, como acontece por exemplo, em países como Cuba e Rússia, que em seus respectivos códigos de família assim estabeleceram. Mas isso, infelizmente, não dispôs o novo Código Civil brasileiro.

A crítica da Rodrigo da Cunha Pereira fez se baseia no fato de que ao invés de facilitar a conversão da união estável em casamento, o legislador dificultou, pois as normas editadas sobre este tema não possuem aplicabilidade, sendo assim, fica mais fácil para os interessados realmente se casarem do que converterem a união estável, em que vivem, em casamento.

4 CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL

4.1 Aspectos gerais

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. (grifo nosso)**

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.

4.2 Forma

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 exigência 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 exposto 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 contratam 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).

4.3 Mudança do contrato de união estável

No tocante à mudança do contrato, aplica-se o disposto no § 2º do artigo 1.639 do Código Civil de 2002, que adota o Princípio da Mutabilidade dos Regimes: “§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 40 e 41) diz que mesmo na vigência da lei antiga, maior parte da doutrina já reconhecia que o pacto de convivência poderia ser modificado, para tanto, cita autora Débora Gozzo:

Sendo aos cônjuges proibida a mudança do regime após a celebração do casamento, tal entendimento também deveria ser assegurado para os conviventes, a fim de não se criar uma vantagem a mais para estes em detrimento daqueles, que inclusive, são casados de acordo com a lei civil em vigor. Ocorre que a lei é omissa a esse respeito, e a união estável não é casamento, e nem a ele é equiparada. Esta união é considerada meramente como entidade familiar, merecedora da proteção do estado (CF, art. 226, § 3º). Nada existe no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, que impeça os conviventes de estipularem quanto aos seus bens, no momento em que julgarem necessário.

4.4 Conteúdo

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.

4.5 Meio de Prova

Importante lembrar que o contrato de união estável só tem eficácia se ocorrer a convivência. Neste sentido José Francisco Cahali (2002, p. 70) afirma: “Vale dizer, o contrato é uma das provas do fato jurídico, mas não representa um instrumento jurídico de criação de uma situação jurídica entre as partes a ser respeitada forçosamente por terceiros”.

Para que se reconheça a união estável não é obrigatória a existência de um pacto de convivência, por outro lado, nas palavras do autor Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 40): “não se pode negar a sua força como forte indício da convivência”, neste sentido o doutrinador traz ainda um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

União estável – Contrato – Possibilidade de registro no Ofício de Títulos e Documentos com base no art. 127, VII da Lei n. 6.015 para fins exclusivos de conservação, prova e autenticidade da data.

(...)

Não se pleiteia a constituição ou publicidade de um estado civil ou de um pré-estado (...) Ora, se se cuida ou não de união estável é matéria que pode ser questionada no futuro porque os registros não subsistem aos planos da existência e validade.

Para Euclides de Oliveira (2003, p. 162 e 163) não é o contrato que cria a união estável, mas ele decorre desta, já estando ela devidamente caracterizada através de seus requisitos, pois só assim o contrato de convivência terá validade. O autor explica:

Ou seja, de nada adiantará o ajuste por escrito se não for precedido ou se não for seguido de uma efetiva convivência familiar entre os companheiros. Apenas se ressalta que, diversamente do pacto antenupcial dos casados, o contrato celebrado por companheiros pode vir a lume antes, durante ou até mesmo na hora da dissolução da união estável, servindo para os estritos fins de reger a destinação do patrimônio havido por um dos conviventes durante a vida comum, de modo a afastar a regra da comunhão parcial dos bens. Veja-se que, celebrado o contrato *a posteriori*, fatalmente servirá também como reconhecimento voluntário da união estável mantida pelas partes, com sua natural consequência nos demais planos dessa relação familiar.

4.6 Revogação do contrato de união estável

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.

5 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E PARTILHA DOS BENS

5.1 Aplicação de regras do Direito de Família à união estável

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.*
 [grifos nossos.]

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, diferenciando-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.

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 conseqüência, 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.

5.2 Meação antes do Novo Código Civil

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.

(Ap. Cível n. 269.160-1/6 – Sétima Câmara de Direito Privado – TJSP – Rel. Des. Mohamed Amaro)

Posteriormente, os tribunais reconheceram que mesmo não trabalhando fora de casa, apenas nas atividades domésticas, a mulher contribuía para a formação do patrimônio do casal, entretanto, de maneira indireta. Por este motivo, a jurisprudência passou a sentenciar de maneira que a companheira fosse indenizada pelos serviços prestados. Caso não houvesse provas de que esta tenha contribuído para a aquisição do patrimônio do companheiro, tais decisões eram baseadas no princípio da vedação do enriquecimento ilícito. Neste sentido, segue dois julgados trazidos pela doutrina de Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 55):

Concubinato – Partilha de Bens – Prova.

Se a concubina contribuiu para a formação do patrimônio comum, tem direito a partilhar (Súmula 380/STF). Se não contribuiu, tem o direito de receber indenização. Num ou noutro caso, supõe-se o desfazimento do concubinato. Caso em que tal não se verificou, donde inexistir o dissídio entre os julgados confrontados. Recurso Especial de que a Turma não conheceu.

(Recurso Especial n. 50.100-8-RJ – Terceira Turma do STJ – Rel. Min. Nilson Naves)

Concubinato – Sociedade de fato.

Contribuição para a formação do patrimônio comum. Acréscimo não comprovado. Reconhecimento da dedicação da mulher ao lar, fazendo jus à compensação econômica correspondente ao período de vida em comum. Sentença parcialmente reformada. Recurso da autora, parcialmente provido, tão-somente para esse fim. Apelação do réu desprovida. Tem direito a concubina à indenização compensatória pela sua dedicação ao lar conjugal, a vista do caso em espécie, em que não desempenhava trabalho remunerado, multiplicado pelo período de vida em comum, quando não há bens a partilhar entre os conviventes.

(Ap. Cível. n. 84.634-6 – Quarta Câmara Cível – TJPR – Rel. Des. Octávio Valeixo)

Em 1994 entrou em vigor a Lei nº 8.971, que tratava dos alimentos e da sucessão na união estável, mas esta lei recebeu diversas críticas por retroceder em alguns aspectos, como quando colocou como requisito mais importante para o reconhecimento da família de fato o lapso temporal da convivência do que a sua qualidade. Nas palavras de Adahyl Lourenço Dias (apud Antônio Carlos Mathias Coltro, 2002, p. 257) a crítica à referida lei se justifica da seguinte forma: “pois a situação é sempre a mesma, a soma do tempo não edifica direito algum à companheira, nem lhe cai proveito em detrimento da moral social”.

Como solução, o legislador editou a Lei nº 9.278 de 1996, que reconheceu a necessidade de se estabelecer um regime de bens para a união estável. Assim, foi instituído um regime de condomínio entre os ex-conviventes, onde era presumida a colaboração de ambos para a formação do patrimônio. Tais disposições estão no artigo 5º da referida lei:

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 Antônio Carlos Mathias 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 para 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. 5.º, óbvio que não contratou com ele afastando a presunção. Seria um contrasenso 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.

5.3 Meação após o Novo Código Civil

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 (2003, 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, se 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.

5.4 Questão dos alimentos

O Código Civil de 2002 incorporou as novas concepções trazidas pela Constituição Federal de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar. Desta forma, o artigo 1.694 do novo Código Civil reafirmou o direito aos alimentos entre os companheiros, previsto nas Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, passando utilizar a expressão “conviventes”:

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.

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

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

O critério utilizado na obrigação alimentar está ligado ao binômio: necessidade-possibilidade, ou seja, necessidade de quem pede os alimentos e possibilidade por parte de quem paga os alimentos. A doutrina divide os alimentos em: **civis**, que são aqueles que restabelecem o “status quo ante” à dissolução da família, e mantém o padrão e a qualidade de vida do alimentado; e os **necessários**, que são aqueles que atendem apenas às necessidades básicas do alimentado.

É com base no dever de assistência mútua que surge a obrigação de alimentar entre os conviventes, conforme o disposto no artigo 1.724 do novo Código Civil. Além disso, aplica-se à família de fato a Teoria da Culpa, freqüentemente utilizada no casamento, através de analogia do artigo 19 da Lei nº 6.515/77. Mas é importante ressaltar que esta Teoria só se aplica com relação ao valor dos alimentos, isto é, o convivente culpado tem direito aos alimentos necessários mas, por ter dado motivo à dissolução da união estável, não tem direito aos alimentos civis.

O autor Euclides de Oliveira (2003, p. 104 e 105), fala sobre os alimentos na união estável e a culpa do convivente na dissolução desta união:

A fixação da prestação alimentar obedece ao critério de proporção entre as necessidades de quem pede e os recursos da pessoa obrigada, conforme dispõe o § 1.º desse artigo, repisando tradicional critério adotado no art. 400 do Código Civil de 1916.

Mas se a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia, os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, como está disposto no § 2.º do citado artigo.

[...]

Embora esses dispositivos não se reportem ao companheiro culpado em caso de dissolução da união estável, supõe-se que a mesma norma lhe seja aplicável, em vista do princípio geral estatuído no art. 1.694, § 2.º, e também para que não se desiguale o tratamento jurídico daquela espécie de entidade familiar em confronto com o casamento.

6 CONCLUSÕES

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 baseia no dever de assistência mútua entre os conviventes e está previsto no artigo 1.694 do Código Civil de 2002.

Referências Bibliográficas

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. São Paulo: Atlas, 2002.
- 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.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- DAL COL, Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. A presunção da paternidade no casamento e 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. 363-377.
- KRELL, Olga Jubert Gouveia. **União Estável: análise sociológica**. Curitiba: Juruá, 2003.
- LIMA, Alciléa Teixeira. **União estável e concubinato**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- 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.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Colaboradores Ana Carolina Brochado Teixeira; et.al. **Código civil e legislação correlata da família**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WASSERMANN, Rogério; LUZ, Sérgio Ruiz. Sexo à moda romana. **Revista Veja**, São Paulo, SP, edição 1.640, ano 33, n. 11, p. 70-74, 15 de março de 2000.