

BREVE ANÁLISE DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO COMPARADO

Gustavo Rene NICOLAU¹
Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado

RESUMO: A União Estável configura uma realidade social inegável em praticamente todo mundo ocidental. Países evoluídos simplesmente aceitam tal realidade e regulamentam a união estável de modo a fornecer segurança e estabilidade aos seus participantes. Enquanto isso, o Brasil caminha a passos lentos na regulamentação e proteção dos civis que optam por esta via de constituição familiar. O artigo traz uma análise da regulamentação da união estável no Direito comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Civil. Família. União Estável. Casamento de fato. Direito Comparado.

ABSTRACT: The common-law marriage sets an undeniable social reality in almost all the western world. Advanced countries simply accept this reality and regulate the common-law marriage in order to provide security and stability to its participants. Meanwhile, Brazil walks in slow steps in the regulation and protection of civilians who choose this route of family constitution. The article presents an analysis of the common-law marriage regulation in the Comparative Law.

KEYWORDS: Civil. Family. Common-law Marriage. Marriage indeed. Comparative Law.

1 INTRODUÇÃO

A união de um homem e uma mulher sem o formalismo do casamento é fato inegável e cada vez mais comum em todo o mundo ocidental. Pela leitura das obras e teses à disposição, percebe-se que tal fato vem ganhando cada vez mais adeptos ao redor do mundo e o legislador já se deu conta de que a proibição ou a rejeição deste fato não inibe a sua ocorrência. A falta de regulamentação deixa conviventes desamparados de um sistema protetivo organizado. A depender do grau de hostilidade às uniões informais, até mesmo o filho de casais não vinculados pelo matrimônio podem sofrer funestas conseqüências.

Angel Ossorio, autor do Código Civil boliviano bem demonstrava tal constatação na década de 1940. Em sua exposição de motivos, ele revela que a melhor solução encontrada foi a correta e adequada regulamentação da situação, ao invés de sua negação. Argumenta que antes o concubinato jurídico do que o concubinato anárquico.

O que fazer ante essa realidade inegável? Perseguir aos concubinos? Não creio que isto possa ocorrer a alguém, a não ser aos que sonham com restaurar a Inquisição. Desconsiderar-se o fenômeno e abandonar, à sua sorte, os concubinos e seus

¹ Advogado, Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Civil do Complexo Damásio e da FAAP.

filhos? Isto é desamparar a uns e outros, criando situações de injustiça e de miséria e desconsiderar também os terceiros que se tenham relacionado com os pseudo-cônjuges, crendo-os ligados por matrimônio verdadeiro. Melhor será tomar as coisas como são e acabar com o concubinato anárquico para criar o concubinato jurídico.²

No presente capítulo buscar-se-á estabelecer um cotejo entre diferentes sistemas normativos a respeito do casamento e de uniões informais. Europa e Estados Unidos foram os primeiros a se observar, pelas peculiaridades de sua história que se perceberão ao longo do estudo. A regulamentação da união estável em países da América Latina será analisada para que o cotejo possa gerar enriquecedoras conclusões sob o tema em análise.

2 ESTADOS UNIDOS E EUROPA

Interessante relato de Álvaro Villaça Azevedo dá conta da suprema informalidade que marcou o casamento na Escócia em meados do século XIX. De fato, se um "rapaz de 14 anos dissesse a uma jovem de 12 anos: 'Eu declaro que você é minha mulher', e esta aceitasse, estariam irrevogavelmente casados".³

Os jovens ingleses que não contavam com o apoio familiar para se casarem, dirigiam-se para uma aldeia denominada *Gretna Green*, do lado escocês da fronteira a fim de celebrar os casamentos *runaway*. Tal expediente tornou-se de tal maneira difundido que a Rainha Vitória expediu um Estatuto, que os invalidava, a menos que um dos nubentes tivesse domicílio na Escócia.

Mas é o casamento escocês "por hábito e reputação" que mais interessa às lindes deste trabalho. Tal casamento – até hoje em vigor na Escócia e naquele país protegido – assemelha-se muito ao que hoje o Brasil denomina de união estável. O hábito e a reputação não se diferenciam muito do trinômio "nome, trato e fama" que é marca registrada da união estável e basicamente constitui seus requisitos. De fato, é muito comum numa união estável que a convivente se utilize do patronímico do outro, sendo conhecida por tal alcunha. A fama é o requisito externo da união estável, constituindo a notoriedade da relação perante a sociedade, que reconhece naquele casal uma autêntica família. "Mister se torna, ainda, que os vizinhos, e não uma ou duas pessoas, atestem firmemente esse estado de fato".⁴ Por fim, o trato é a vertente interna da união, que marca o comportamento de um convivente em relação ao outro

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. São Paulo: CEJUP 1986, p. 31.

³ BEUCHER, Jean. **La notion actuelle Du concubinage: ses effects à l'égard des tiers**, 1932. Tese (doutorado). Paris: Sirey, p. 121-122 apud: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 90.

⁴ AZEVEDO, op. cit., p. 94.

como se casados fossem, através do binômio cama e mesa, demonstrando a habitualidade da relação. O trinômio “nome, trato e fama” têm origem na lei canônica pré-tridentina, pela qual o “casamento poderia provar-se por *nominatio, tractatus et fama*”.⁵

Interessante lide decidida na Escócia envolveu Sr. e Sra. Dewar, que por mais de vinte anos viveram como se fosse marido e mulher, apesar de não existir qualquer documento ou formalidade que os constituíssem em matrimônio. A Revista **lus Canonicum**, transcreveu o julgado: “O direito a respeito da questão não gera dificuldade. O problema está na prova dos fatos. Chega-se à conclusão de que a demandante obteve êxito ao provar a presunção de matrimônio por coabitação e reputação”.⁶

Ao final do julgamento, o juiz condenou o demandado na ação declaratória de reconhecimento de união estável ao pagamento de pensão alimentícia de sessenta libras semanais, além de cinquenta libras semanais por filho do casal.

Na Inglaterra, o informalismo marcou predominantemente a matéria de casamento até o ano de 1753. Nenhuma das determinações da igreja se aplicou na prática cotidiana do país até que naquele ano a lei de Lord Hardwicke condicionou a validade civil do casamento à presença de um ministro da igreja anglicana, obedecendo-se ao respectivo cerimonial, o que implicava na publicação de proclamas, presença de clérigo e duas testemunhas. Isso implicava na nulidade de casamentos de católicos da igreja romana, que optavam pela sua própria cerimônia. Ficavam liberados desta exigência, os membros da família real e os judeus.⁷

A exclusividade do casamento sob o rito anglicano perdurou até o ano de 1836, quando casamentos paralelos àquele sistema passaram a gozar de validade, pela lei de Lord John Russel.⁸

Mas é o chamado casamento de fato ou *common law marriage* que nos interessa. Tal casamento dispensava qualquer licença ou cerimônia para sua realização, era protegido pelo ordenamento pela simples aparência de casamento, tal qual vigorava na Escócia. Esse casamento foi, inclusive, difundido nos Estados Unidos da América já independente em alguns Estados. Após a divisão federativa, alguns Estados mais conservadores não recepcionaram tal previsão, ao passo que outros a mantiveram, como foi o caso de “Alabama, Colorado, Georgia, Idaho, Iowa, Kansas,

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 92.

⁶ ARECHEDERRA, Luis. Matrimônio informal by cohabitation with habit and repute en Escocia. **lus Canonicum**, Pamplona, v.42, n.84, p.697-722, jul./dic. 2002, p. 711.

Versão original: “El derecho acerca de esta cuestión no plantea dificultad alguna; la dificultad estriba en la aplicación a los hechos. Sin embargo, en este caso, he llegado a clara conclusión de que la demandante ha logrado probar lo suficiente como para sobre ello establecer la presunción de matrimonio by cohabitation and repute”.

⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. São Paulo: CEJUP 1986, p. 188.

⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. São Paulo: CEJUP 1986, p. 188.

Montana, Ohio, Oklahoma, Pensilvânia, Rhode Island, Carolina do Sul e Texas”.⁹ Sanford Katz relata recente decisão da Suprema Corte da Califórnia reconhecendo direitos a uma união estável que se iniciou quando um de seus componentes ainda era casado:

A Suprema Corte da Califórnia decidiu pela legalidade e eficácia da relação de duas pessoas (em nenhum lugar da opinião, o relacionamento está limitado a heterossexuais) que vivem juntas, em um relacionamento sexual, em uma jurisdição que não há sociedade conjugal de fato. E nem vale nada o fato de que a relação começou enquanto um (neste caso, o homem) ainda estava casado.¹⁰

Por sua vez, há unidades federativas dos Estados Unidos da América que são ainda apegados ao tradicional conceito de casamento e simplesmente negam direitos a concubinos.¹¹ “No direito norte-americano observa-se uma tendência legislativa orientada à tutela do matrimônio institucional, remarcando algumas notas clássicas de sua própria configuração substancial”.¹² A Suprema Corte de Illinois, por exemplo, recusou pedido de alimentos de uma mulher que havia vivido por quinze anos numa relação estável informal.¹³

Em artigo publicado pela Revista Espanhola de Direito Canônico, Federico Aznar Gil relata a aceitação que a união estável goza em toda a Europa: “em linhas gerais, a aceitação social e o reconhecimento jurídico dos casais heterossexuais é uma realidade em nossa cultura ocidental, produzindo-se um movimento similar em relação às uniões homossexuais”.¹⁴

3 AMÉRICA LATINA

De um modo geral, toda América Latina estabeleceu proteção à união estável décadas antes do Brasil tê-lo feito na Constituição de 1988. A união estável é elevada à categoria matrimonial “quando assume aspectos exteriores similares ao casamento,

⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 99.

¹⁰ KATZ, Sanford N. Marriage as partnership. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, v.73, n.5, p.1251-74, jul. 1998, p. 1263, tradução livre.

Versão original: “The California Supreme Court placed its judicial imprimatur on the legality of two persons (nowhere in the opinion is the relationship limited to heterosexuals) living together in a non-common law marriage jurisdiction in a sexual relationship. It is even worth noting that the relationship began while one (in this case the male) was still married”.

¹¹ CONAGHAN, Joanne. Law, harm and redress: a feminist perspective. *Legal Studies*, Glasgow, v. 22, n. 3, p.398-419, set. 2002.

¹² NAVARRO VALLS, Rafael. El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p.764-770, nov. 1998, p. 764.

¹³ KATZ, Sanford N. Marriage as partnership. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, v.73, n.5, p.1251-74, jul. 1998, p. 1264.

¹⁴ AZNAR GIL, Federico R. Uniones estables de pareja y magisterio de la Iglesia Católica. *Revista Española de Derecho Canónico*. Salamanca. v.56. n.146. p.71-122. ene./jun. 1999, p. 75.

isto é, quando se pode falar de um estado aparente do matrimônio por sua estabilidade e singularidade”.¹⁵

Na sua fase colonial, a Venezuela considerava ilícita determinadas relações de amancebamento, reprimindo-as penalmente.¹⁶ Em 1982, quando o Brasil ainda nem sequer havia reconhecido a união estável como entidade familiar, a Venezuela superou o problema da comunhão de bens dos conviventes. A lei de 26 de julho daquele ano estabeleceu no sistema venezuelano uma presunção de esforço comum entre os conviventes, com apenas uma distinção objetiva. Se ambos os conviventes eram solteiros, a presunção surte plenos efeitos. Se um deles fosse casado, seria necessária a prova da contribuição para a formação do patrimônio.¹⁷

Daí decorre a decisão do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela que decidiu ser suficiente ao companheiro demonstrar que a aquisição onerosa do bem ocorreu durante o concubinato para que a comunicação do bem surtisse pleno efeito. O relatório da decisão sustenta que para tal comunicação surtir efeitos bastavam dois requisitos:

Que se adquiriu ou aumentou um patrimônio durante a união de fato; e que, durante esse tempo em que se formou ou aumentou o patrimônio, viveu em permanente concubinato com o homem contra quem faz valer a presunção a seu favor estabelecida no art. 767.¹⁸

O sistema venezuelano ainda traz outras contribuições importantes ao desenvolvimento da matéria, tal como a presunção *pater is*, igualdade de filhos e regulamentação previdenciária.¹⁹ A Constituição de 24 de março de 2000 desce a detalhes protetivos, tais como proibir que uma pessoa seja forçada a fazer prova contra si mesma ou sua concubina (art. 49). O art. 77 resolve qualquer tipo de dúvidas a respeito do *status* constitucional da união estável e assegura que “As uniões estáveis entre homem e mulher que cumpram os requisitos estabelecidos pela lei produzirão os mesmos efeitos que o matrimônio”. Comparando-se com a Constituição brasileira de 1988 percebe-se quão superficial foi nossa Carta.

¹⁵ DIAS DE GUIJARRO, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 337.

¹⁶ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. **Efeitos patrimoniais do concubinato**. São Paulo: São Paulo: Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1996, p. 20.

¹⁷ RAMOS, Cesar Jose. La situación de las parejas no casadas en el ordenamiento jurídico venezolano. **Revista de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, n 66, 1987, p. 227 apud: VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União Estável: necessidade de definição dos requisitos e feitos**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998, p. 35.

¹⁸ VENEZUELA, Tribunal Supremo de Justiça. Relator: Franklin Arrièche G. Sala de Cassación Civil. J. 15.11.2000. apud: CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. **A união estável e a situação jurídica dos negócios entre companheiros e terceiros**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 81.

¹⁹ VARJÃO, op. cit., p. 36.

O Paraguai inovou na regulamentação da união estável, equiparando-a ao casamento no próprio texto constitucional (art. 51). A Constituição do Peru de 1993 estabelece regime de comunhão parcial de bens para a hipótese de união estável, com a seguinte redação:

Art. 5º - A união estável de um varão e uma mulher, livres de impedimento matrimonial, que formam um lar de fato, dá lugar a uma comunhão de bens sujeita ao regime da sociedade de bens aquestos, isto é, bens adquiridos na vigência do casamento quanto for aplicável.²⁰

Comentando o Código Civil peruano, que reconhecia a união estável e lhe outorgava direitos, a **Revista Del Foro**, do *Organo del colegio de abogados de Lima* comentou:

De acordo com os dados estatísticos do nosso país, é possível que haja mais concubinatos do que matrimônios pois a cada dez famílias, sete são irregulares. Por isso, o novo Código Civil, em seu art. 326 reconheceu o concubinato sujeitando-o ao regime da comunhão parcial, sempre e quando dita união haja durado pelo menos dois anos contínuos.^{21 é 22}

O Código Civil peruano complementa a matéria no art. 326, retrocedendo ao exigir o lapso de dois anos para configurar a dita união. Dispõe que “a união de fato [...] origina uma sociedade [...] de bens aquestos, sempre que dita união haja durado pelo menos dois anos contínuos”.²³

O art. 43, parágrafo 6º da Constituição cubana atribui aos Tribunais a função de determinar “os casos em que – por razão de equidade – a união entre pessoas com capacidade legal para contrair matrimônio será equiparada, por sua estabilidade e singularidade ao matrimônio civil”. Enrique Diaz de Guijarro destaca que o exemplo cubano foi seguido por Guatemala, Bolívia e Panamá, confirmando-se assim que as “referidas constituições, reconhecendo um fenômeno social desses países, tratam de

²⁰ VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União Estável: necessidade de definição dos requisitos e feitos**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998, p. 32.

²¹ MIRANDA CANALES, Manuel. El derecho de familia en el nuevo código civil peruano de 1984. **Revista del Foro**, Lima, v.72, n.2, p.103-20, jul./dez. 1985, p. 106, tradução livre.

Versão original: “De acuerdo con a los datos estadísticos en nuestra patria es posible que haya más concubinatos que matrimonios por cuanto de cada 10 familias, 7 son irregulares, por eso el nuevo CC, en su art. 326 ha reconocido el concubinato sujetándolo al régimen de la sociedad de gananciales, siempre y cuando dicha unión haya durado por lo menos 2 años continuos”.

²² Sobre o acréscimo de uniões informais, a Revista Española de Derecho Canónico expressou: “la tendencia en España, lo mismo que en los demás países europeos, es hacia la disminución del número de matrimonios a partir de los años sesenta. Así, del 7,79 (por mil habitantes) en 1960 descendió al 4,98 en 1982. todos los estudios coinciden en señalar que esta tendencia al descenso de la nupcialidad tiene un doble origen: el retraso en la edad de contraer matrimonio y el número **de parejas que conviven sin lazo institucional alguno**”. PACHO SARDON, Ulpiano. Matrimonios canónicos y civiles celebrados en la Provincia de Sevilla (1982-1987). **Revista Española de Derecho Canónico**, Salamanca, v.46, n.127, jul./dic. 1989, p. 596.

²³ SOUSA, Ana Maria Viola de. **União estável no direito comparado**. Direito e Paz. Lorena. v.2. n.º 2, 2000, p. 138.

dignificar os costumes e de conferir hierarquia nupcial a situações especiais de aparente estado matrimonial”.²⁴

O Direito Civil chileno não passou incólume à forte ligação do Estado com a Igreja Católica.²⁵ “A influência da Igreja em tudo que se relaciona com o matrimônio, fez com que o concubinato desaparecesse como instituição e fosse observado como instituto ilícito”. Daí porque o Chile não possuía norma legal explícita com previsão de proteção à união estável.²⁶

Porém, os Tribunais chilenos não se furtaram ao dever de proteger as pessoas que – a despeito da omissão legal – vivessem nesta situação jurídica familiar. As decisões que conferiram tal proteção começaram a surgir no século retrasado, quando o Brasil ainda contemplava a escravidão como forma legal de trabalho. Em simbólico caso, julgado em 2 de novembro de 1892, a Suprema Corte do Chile decidiu por outorgar direito à meação para a convivente que litigava com os parentes de seu falecido companheiro de vida.²⁷ Noutro exemplo, o mesmo Tribunal decidiu que a sociedade de fato tratava-se de verdadeira comunhão de vidas e que, como tal, sua existência poderia comprovar-se por qualquer meio admissível no Direito.²⁸

Atenta a situações nas quais o imóvel estava no nome de apenas um dos conviventes, mas ambos haviam colaborado para sua aquisição, a Suprema Corte do Chile decidiu que “eram muitos os casos em que a pessoa a cujo nome estava inscrito no Registro de Imóveis não era o verdadeiro dono, como por exemplo nas sociedades de fato”.²⁹

O art. 56 da Constituição do Panamá tem disciplina retrógada, exigindo lapso de dez anos consecutivos “em condição de singularidade e estabilidade” para que só então a união estável de pessoas de sexo diferente receba tratamento equiparado ao casamento. A exigência de lapso mínimo para caracterizar a união estável também vem estabelecida no Código de Família da Costa Rica, no art. 242.³⁰

A Constituição da Guatemala determinou no art. 74, 2ª parte: “A lei determinará os casos em que, por razão de equidade, a união entre pessoas com

²⁴ DIAS DE GUIJARRO, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 339.

²⁵ HAZBUN ZAROR, Raúl. Fundamentos antropológicos y sociales sobre la indisolubilidad del matrimonio. **Temas de Derecho**, Santiago do Chile, v.17, n.1/2, p.53-64, 2002, p. 54

²⁶ UNDURRAGA, Manuel Somarriva. **Derecho de Familia**. Santiago do Chile: Editorial Nascimento, 1946, p. 151.

²⁷ Gaceta de 1892, sentença n.º 2096, p. 390. apud: UNDURRAGA. op. cit., p. 153.

²⁸ UNDURRAGA. op. cit., p. 153.

A mesma obra traz diversos exemplos de casos julgados pelo mesmo Tribunal em favor da convivente de união estável: Sentença n.º 17, de outubro de 1900.

²⁹ Decisão de 25 de outubro de 1937. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXV, sección primera, p. 137. apud: UNDURRAGA, Manuel Somarriva. **Derecho de Familia**. Santiago do Chile: Editorial Nascimento, 1946, p. 153.

³⁰ GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. **Negócio jurídico sem outorga do cônjuge ou convivente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150.

capacidade legal para contrair matrimônio, deva ser equiparada, por sua estabilidade e singularidade ao matrimônio civil”.

O Código Civil mexicano para o Distrito Federal e Territórios Federais, datado de 1928 já incluía a convivente de união estável na ordem de vocação hereditária. Além disso, traz saudável presunção *pater is* aos filhos nascidos após 180 dias do início da convivência e até 300 dias após seu término. Estabelece obrigação de alimentos, fixa parentesco por afinidade e equipara a união estável ao casamento após três anos de convivência. Todavia, é o Código do Estado de Tamaulipas que avança de forma substancial, estabelecendo: “Para os efeitos da lei, se considerará como matrimônio a união, convivência e trato sexual continuado de um homem com uma mulher”.³¹

A Bolívia, na década de 1940 deu uma verdadeira lição na regulamentação da união estável. Álvaro Villaça Azevedo informa que o autor do anteprojeto de Código boliviano, Angel Ossorio – numa demonstração de clareza e até certo conformismo com a realidade fática vivida em seu país – estabeleceu uma ampla cadeia protetiva aos conviventes, concedendo-lhes até mesmo direitos sucessórios.

A partir desta constatação social, a partir desta clareza de raciocínio, só se poderia mesmo esperar uma legislação inovadora e evoluída. De fato foi isso o que ocorreu e o Código Civil boliviano, em seus artigos 256 a 269, trouxe garantias e direitos subjetivos aos conviventes que só viriam desembarcar no Brasil meio século depois. Com uma incrível simplicidade, o art. 258 prevê ao concubino supérstite direito hereditário idêntico ao do cônjuge, *status* jurídico que até 2009 não havia se alcançado em terras brasileiras.

Parece oportuno colacionar neste momento um julgado brasileiro meio século mais recente do que o Código da Bolívia. Na ausência de ascendentes e descendentes, o Tribunal de Justiça de São Paulo indeferiu direitos sucessórios ao convivente.

Inventário. Concubina. Pedido de abertura de arrolamento. Pretendidos benefícios da herança como cônjuge sobrevivente, à falta de descendentes e ascendentes do *de cuius*. Inadmissibilidade, nos termos do artigo 1.603, III, do Código Civil. Enquadramento do concubinato como "entidade familiar" que visou apenas a proteção do Estado para com a união estável entre homem e mulher, de modo a facilitar sua conversão em casamento (artigo 226, § 3º da Constituição da República/88). Impossibilidade de promoção do inventário pela concubina sem o prévio reconhecimento de sua condição de meeira, sob o perigo de prejuízo dos herdeiros colaterais que disputam a herança. Sociedade concubinária, ademais, com a formação de patrimônio

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 37.

pele esforço comum, encontra guarida no direito obrigacional e não no sucessório. Improcedente. Recurso não provido.³²

Vale anotar que a Bolívia possui dispositivo constitucional mais avançado e protetivo do que a Constituição brasileira de 1988. O art. 194, II, no Título relativo ao Regime familiar do povo boliviano dispõe:

O matrimônio pressupõe a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. As uniões livres ou de fato, que reúnam condições de estabilidade e singularidade e sejam mantidas entre pessoas com capacidade legal para contrair enlace, produzem efeitos similares aos do matrimônio nas relações pessoais e patrimoniais dos conviventes e no que diz respeito aos filhos delas nascidos.

Angel Ossório também previa a possibilidade e pertinência de os conviventes escolherem um regime de bens com a mesma liberdade que os cônjuges poderiam fazer, inclusive valendo-se de pacto patrimonial.³³ Sob diferentes maneiras, é nítido que o autor do anteprojeto do Código Civil teve a intenção de igualar o concubinato ao casamento, especialmente nas questões patrimoniais.³⁴

Nicolau Eládio Bassalo Crispino colaciona interessante decisão da Corte Superior do Distrito Judicial de Chuquisaca, norte da Bolívia, no qual se confirma a quase equiparação do casamento à união estável.³⁵

Para que a união concubinária surta a plenitude de seus efeitos jurídicos, é imprescindível que concorram: a) a vontade das partes; b) que tenham feito vida em comum em forma estável ou singular. No caso dos autos essas características ocorreram tal como prevê o art. 158 do Código de Família, estando acreditada a existência da união conjugal livre que produz efeitos similares ao matrimônio, nas relações pessoais e patrimoniais dos conviventes.³⁶

Um peculiar dilema enfrentado pela legislação em todo o mundo ocidental envolve o problema do terceiro de boa-fé que adquire bem de convivente sem autorização do outro. Em todos os países pesquisados, tal alienação é válida, em

³² BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo Recurso de Apelação n.º 139.0098-1. Órgão julgador: 9ª Câmara Cível. Relator: Silvério Ribeiro. São Paulo, SP, 16 de abril de 1991.

³³ CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. **A união estável e a situação jurídica dos negócios entre companheiros e terceiros**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 68.

³⁴ Sobre a reforma da legislação matrimonial civil na Bolívia, vide SOTO GOMEZ, Jaime. Por una reforma de la legislación matrimonial civil. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana**, Medellín, n.81, p.69-102, abr./jun. 1988.

³⁵ Nesse sentido, a Corte Superior de Justiça da Bolívia já decidiu que a união conjugal livre formada de acordo com as regras estabelecidas pela Constituição produz efeitos similares aos do matrimônio, nas relações familiares e patrimoniais. N. 200003. Sala Civil 2.080. La Paz, Relator Jaime Catacora Linares, j. 25.9.1998.

³⁶ CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. **A união estável e a situação jurídica dos negócios entre companheiros e terceiros**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 74

³⁶ CRISPINO, op. cit., p. 70.

respeito ao terceiro e a toda sociedade que naturalmente espera que os negócios jurídicos celebrados produzam seus regulares efeitos jurídicos, ainda mais se considerando a impossibilidade de conhecimento da situação jurídica dos conviventes.

A Bolívia segue caminho incrivelmente avançado, exigindo a vênua conjugal para a venda de bens do convivente e culminando com anulabilidade o negócio praticado sem tal autorização. A opção boliviana é arrojada, pois joga nas mãos do terceiro adquirente a responsabilidade de se verificar se o alienante é ou não unido estavelmente, devendo buscar a vênua em caso positivo.³⁷

Com maior razão, exige-se tal autorização quando se tratar de negócios gratuitos. Deste modo, ao se deparar com o terceiro donatário, que busca assegurar um lucro, e o convivente do doador, que não foi consultado no negócio, a lei boliviana prefere este último.

4 UNIÃO DAS REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS

Os Tribunais Soviets, desde a implementação da União, em 1922, já se orientavam no sentido da proteção efetiva ao casamento de fato. As leis soviéticas foram uma das primeiras do mundo a pacificar e estabelecer expressamente proteção ao concubinato. O Direito soviético trazia ainda classificação interessante que diferenciava concubinato direto e indireto. Aquele era a união pública e contínua entre homem e mulher que mantém relações sexuais e que levam uma vida em comum. Este se tratava de um casamento não reconhecido pela lei, como por exemplo, entre pessoas que só se encontravam unidas pelo vínculo religioso ou por um matrimônio nulo que não teve o caráter de putativo.³⁸

Seguindo as determinações legais, as decisões daquele Poder Judiciário seguiam sempre o norte da proteção e da tutela das relações afetivas não registradas:

Um casamento não registrado produz certos efeitos jurídicos quando fundado na união livre do homem e da mulher e mantido por laços de família (nascimento de filhos) ou pelo trabalho e economia doméstica comuns.³⁹

Outro julgado que sintetiza a proteção atribuída pelos soviéticos na década de 1920 ainda não foi adotada pelo Brasil, quase um século depois.

³⁷ Luís Paulo Cotrim Guimarães defende semelhante tese como será adiante analisado. GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **Negócio jurídico sem outorga do cônjuge ou convivente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 133.

³⁸ UNDURRAGA, Manuel Somarriva. **Derecho de Familia**. Santiago do Chile: Editorial Nascimento, 1946, p. 151.

³⁹ UNIÃO DAS REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS. Colégio de Cassação Civil. Julgado n.º 33.422, de 1925. RAO, Vicente. **Direito de família dos soviets**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1932. p. 103.

A relação marital de fato, ou aquilo que se costuma chamar 'casamento de fato', cuja existência é declarada pelo Tribunal, deve comportar os mesmos direitos e deveres jurídicos que resultam de um casamento registrado.⁴⁰

Vicente Rao, em trabalho específico sobre Direito de Família perante o ordenamento soviético esclarecia que: "perante a legislação dos Soviets [...] a própria distinção entre 'casamento de fato' e 'casamento registrado' é mera inutilidade, porque legítima é toda e qualquer união matrimonial em si mesma e em seus efeitos, desde que exista como situação de fato".⁴¹

O "O Código das leis, do casamento da família e da tutela", de janeiro de 1927 trazia dispositivos processuais a respeito da ação declaratória que objetivava o reconhecimento da união estável para fins jurídicos, de direitos e deveres entre os conviventes e terceiros. O art. 12 indicava até mesmo rol a respeito das provas que se poderiam produzir nesta seara: "a) prova da habitação em comum, b) existência de economia comum, c) revelação de relações conjugais perante terceiros como na correspondência pessoal ou em outros documentos". Vicente Rao opina no sentido de que o rol do art. 12 era meramente exemplificativo, o que parece mesmo razoável visto que há uma centena de documentos, fatos e métodos para se provar a existência de uma relação afetiva no âmbito familiar.⁴²

5 BRASIL

O Brasil, por sua vez, anda a passos lentos quando o assunto em pauta é a proteção da família, entendida esta no sentido constitucional da expressão. Como em muitos outros aspectos, não temos um texto constitucional eficaz, uma norma suprema que conceda direitos e prerrogativas ao indivíduo.

O art. 226 § 3º da Constituição (que eleva a união estável ao status de entidade familiar) parece ter a mesma eficácia do 7º, V (o salário mínimo será suficiente para atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família

⁴⁰ UNIÃO DAS REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS. Colégio de Cassação Civil. Julgado n.º 26.188, de 1927. RAO, loc. cit.

⁴¹ RAO, loc. cit.

⁴² IPESP – Pensão por morte de servidor público – Artigo 201, V da Constituição Federal – Pretensão ao reconhecimento de união estável entre a autora e o falecido – Inexigibilidade de tempo mínimo de cinco (5) anos de convivência "more uxório" para caracterizar a união estável, uma vez que a Constituição Federal não assinala tal prazo – Prova testemunhal cabal de comunhão de vida entre a autora e o "de cujus" – Reconhecimento da entidade familiar, configurada na convivência pública, contínua e duradoura de homem e mulher, com o objetivo de constituição de família – Artigo 1723 do novo Código Civil – Não recepção do rol do artigo 147 da Lei Complementar 180/78, ante a nova ordem constitucional – Declaratória de reconhecimento de união estável procedente – Recurso desprovido, sendo desacolhido o reexame necessário, considerado interposto. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Civil n. 517.009-5/4 – São Paulo - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Antonio Rulli – 16 de agosto de 2006.

no que tange a moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social). Ninguém responde hoje com segurança e firmeza à seguinte pergunta: na **prática, no formal de partilha, quais são os direitos sucessórios da convivente da união estável**.

Dentre os seis artigos que o Código brasileiro reservou para regulamentar a união estável está o famoso 1.790, talvez um dos piores artigos da história jurídica de nosso país. Em síntese o dispositivo demarca o conjunto de bens nos quais a convivente herdará com o falecimento de seu parceiro. Esse local no qual a convivente concorrerá com os outros herdeiros do finado é exatamente a parte que coube ao falecido na meação dos bens comuns.

Explicando melhor: Reúne-se tudo o que o casal construiu ao longo de sua parceria de vida. Metade já pertence à convivente, afinal, o regime é o da comunhão parcial de bens (levamos 112 anos de República para estabelecer esse regime sem ressalvas para a união estável). A outra metade pertencia, portanto, ao falecido. É nesta outra metade que a convivente herdará, segundo o artigo já citado.

O detalhe é que – se a hipótese fosse de casamento sob comunhão parcial – a esposa herdaria nos bens particulares do falecido marido (bens que ele herdou, recebeu de doação ou mesmo comprou, mas antes de casar).

Neste ponto, cabe uma observação muito relevante. Não é sempre que o cônjuge herdará em melhores condições do que o companheiro. Imagine a hipótese em que há enorme prevalência de bens comuns e quantidade reduzida de bens particulares. Neste caso, concorrendo com um filho comum, o companheiro meará e depois herdará metade dos bens comuns, enquanto que o cônjuge nas mesmas condições apenas meará, fazendo a sucessão sobre os reduzidos bens particulares existentes.

Da maneira pela qual a lei estabelece, a convivente de união estável pode acabar tendo mais direitos do que a esposa em comunhão universal. Imagine que José e Maria se uniram no ano de 1970 e – como a imensa maioria da população brasileira – pouco herdaram, conquistando a maior parte do seu patrimônio durante a vida de casados. Tal enlace durou exatamente 39 anos, quando José falece. No momento do inventário, os bens particulares trazidos por José ao casamento limitam-se a poucos livros e um carro muito velho, ao passo que o patrimônio construído ao longo da vida do casal perfaz considerável soma em dinheiro líquido, além de dezenas de bens imóveis a garantir a renda da viúva. O casal teve dois filhos.

Se José e Maria tivessem se casado sob o regime da comunhão universal de bens, Maria não teria direitos sucessórios (a pessoa casada em comunhão universal não herda do cônjuge quando concorre com descendentes). Faria jus então à sua

meação, levando 50% da grande massa patrimonial adquirida na constância do casamento.

Se o caso fosse de união estável, pela letra fria da lei em vigor, Maria faria jus a 50% da meação e ainda herdaria sobre os outros 50%, concorrendo com seus dois filhos justamente na massa de bens mais volumosa, levando, portanto, uma maior quantidade de bens do que no primeiro caso.

Percebe-se, portanto, que vivemos hoje uma situação de convulsão legislativa. A lei ora parece conceder mais direitos aos cônjuges, ora pende radicalmente para o lado da convivente, não se podendo responder ao certo – para efeitos sucessórios – qual é a melhor opção patrimonial: se o casamento ou a união estável.

O próprio STJ percebeu tal descompasso: “*A diferença nas regras adotadas pelo código para um e outro regime gera profundas discrepâncias, chegando a criar situações em que, do ponto de vista do direito das sucessões, é mais vantajoso não se casar*” (MC 14.509/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 21/8/2008).

A Escola Paulista da Magistratura em curso realizado em 2006 proferiu a Conclusão n.º 1 a respeito da concorrência sucessória do convivente: “*Afigura-se inconstitucional a previsão do art. 1.790 do CC ao atribuir a participação do companheiro na sucessão em concorrência com os filhos sobre os bens havidos onerosamente durante a convivência*”.

Juizes de 1ª instância também têm decidido pela inconstitucionalidade do art. 1.790: “*A regra inscrita no art. 1.790 do CC padece, realmente, do vício da inconstitucionalidade*” (Processo n.º 03.092595-9, da 3ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central de São Paulo).

Porém, após afastar a incidência do artigo 1.790, os magistrados devem se atentar para não deixar a convivente sem herança. Exclui-se o art. 1.790 e concede-se o quê? Nesse cenário parece que os princípios gerais do Direito indicam que o caminho adotado é mesmo o de se atribuir à convivente os mesmos direitos sucessórios da esposa casada em comunhão parcial, conforme a Bolívia já fez há quase setenta anos. Nesse sentido caminhou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível n.º 520.626.4/3-00 em novembro de 2009.

6 CONCLUSÕES

Enquanto países do mundo inteiro adaptam suas regras às novas e inevitáveis realidades criadas e desenvolvidas pela sociedade, o Brasil parece querer negar sua existência, criando institutos desconexos e confusos que não garantem a mínima estabilidade das relações jurídicas.

No Brasil, o homicida – antes de praticar seu crime – tem informações claras a respeito das conseqüências do seu ato. Sabe com precisão qual a pena mínima e máxima que poderá sofrer, se terá ou não direito à suspensão condicional do processo, ou à aplicação da substituição da pena por uma restrição de direitos, tem condições de conhecer os recursos que terá a sua disposição, as regras para a progressão do regime, as normas sobre liberdade provisória etc.

Já a mulher que encontra seu parceiro de vida, que deseja com ele formar o núcleo básico da sociedade, com ingredientes de afeto, consideração, amor e respeito, auxiliando o Estado no oferecimento de pessoas educadas e bem criadas para o desenvolvimento de uma sociedade evoluída, não obtém respostas seguras a respeito das normas que pautarão sua vida familiar, especificamente no que tange às conseqüências sucessórias desta união.

Urge se aprovar no Congresso Nacional uma lei completa a respeito da união estável. A família é o núcleo básico da sociedade e seu alicerce fundamental. É nela que a pessoa humana recebe os primeiros raios de luz a fim de participar civilizadamente da vida em coletividade.

A busca por uma sociedade evoluída, composta de pessoas instruídas, letradas, cumpridoras de sua função social, colaboradoras do conjunto harmonioso e organizado que é o Estado, pessoas de formação moral e afetiva sólida, aptas ao desempenho de seus papéis sociais, passa obrigatoriamente pela regulamentação da família, da qual a união estável é importante gênero.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARECHEDERRA, Luis. Matrimônio informal by cohabitacion with habit and repute en Escocia. **Ius Canonicum**, Pamplona, v.42, n.84, p.697-722, jul./dic. 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. São Paulo: CEJUP 1986.

_____. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

AZNAR GIL, Federico R. Uniones estables de pareja y magisterio de la Iglesia Católica. **Revista Española de Derecho Canónico**. Salamanca. v.56. n.146. p.71-122. ene./jun. 1999.

BEUCHER, Jean. **La notion actuelle Du concubinage: sés effects à l'égard des tiers**, 1932. Tese (doutorado). Paris: Sirey.

CONAGHAN, Joanne. Law, harm and redress: a feminist perspective. **Legal Studies**, Glasgow, v. 22, n. 3, p.398-419, set. 2002.

- CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. **A união estável e a situação jurídica dos negócios entre companheiros e terceiros**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- DIAS DE GUIJARRO, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953.
- GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. **Negócio jurídico sem outorga do cônjuge ou convivente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- HAZBÚN ZAROR, Raúl. Fundamentos antropológicos y sociales sobre la indisolubilidad del matrimonio. **Temas de Derecho**, Santiago do Chile, v.17, n.1/2, p.53-64, 2002.
- KATZ, Sanford N. Marriage as partnership. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, v.73, n.5, p.1251-74, jul. 1998.
- MIRANDA CANALES, Manuel. El derecho de familia en el nuevo código civil peruano de 1984. **Revista del Foro**, Lima, v.72, n.2, p.103-20, jul./dez. 1985.
- NAVARRO VALLS, Rafael. El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, p.764-770, nov. 1998.
- PACHO SARDON, Ulpiano. Matrimonios canónicos y civiles celebrados en la Provincia de Sevilla (1982-1987). **Revista Española de Derecho Canónico**, Salamanca, v.46, n.127, jul./dic. 1989.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. **Efeitos patrimoniais do concubinato**. São Paulo: São Paulo: Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1996.
- SOTO GOMEZ, Jaime. Por una reforma de la legislación matrimonial civil. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana**, Medellín, n.81, p.69-102, abr./jun. 1988.
- SOUSA, Ana Maria Viola de. **União estável no direito comparado**. Direito e Paz. Lorena. v.2. n.º 2, 2000.
- UNDURRAGA, Manuel Somarriva. **Derecho de Familia**. Santiago do Chile: Editorial Nascimento, 1946.
- VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União Estável: necessidade de definição dos requisitos e feitos**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

Recebido em 18/03/2011

Parecer em 09/10/2011

Aceito em 20/10/2011