

CASAR OU UNIR-SE? EIS A QUESTÃO!

Heloísa A. Cortez Gonçalves¹

Mariane Helena Lopes²

Resumo: Este artigo se propõe a examinar a questão do cônjuge e do companheiro. Importante notar que a Constituição de 1988 trouxe a união estável à condição de entidade familiar. Porém ao examinar o código civil de 2002, o aspecto união estável não foi recepcionado da mesma forma. A união entre homem e mulher sem casamento, foi chamada durante muito tempo de concubinato, manifestando seu preconceito. O código de 1916 trazia restrições a esse modo de convivência, proibindo doações ou benefícios testamentários. Porém as restrições existentes no código civil passaram a ser aplicadas somente aos casos de concubinato adúltero, em que o homem vivia com a esposa e concomitantemente com a “concubina”, mas tratamos neste artigo daquela pessoa separada de fato, e estabelecida com outra pessoa como se marido e mulher fossem, ou até mesmo do homem e da mulher que não querem se casar, por opção querem viver em união estável. As relações patrimoniais existentes entre companheiros, precisam ser fixadas sob a forma de proteção legal e moral que merecem. Com o princípio da dignidade da pessoa humana disposto em texto constitucional, e a igualdade de homem e mulher, necessitou que aspectos do

¹ Advogada, especialista em Direito Público pela UGF –RJ, especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Curitiba –PR, pós graduada em Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, Mestre em Direito, Professora Universitária, tem formação especializada em Direitos Humanos na Universidade Pablo de Olavide –Espanha, participou do grupo de pesquisa em Latim e fontes do Direito Romano (UFSC).

² Professora Universitária do Unicesumar. Pós graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná e Mestre em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade pelo Unicesumar.

direito de família fossem revistos. Através da análise dos artigos, e do contexto atual da sociedade é que se dispõe a estudar este fato – União Estável. A discriminação existente para essa entidade familiar é tema do presente estudo.

Palavras-Chave: cônjuge, união estável, entidade familiar.

Abstract: This article if considers to examine the question and spouse accompanying. Important to notice that the Constitution of 1988 brought the steady union the condition of familiar entity. However when examining the civil code of 2002, the aspect steady union was not in the same way. The union between man and woman without marriage, was called during much time of concubinage, vehement ending its prejudiced line with diverse considered relations today of family. The 1916 code brought restrictions to this way of life, forbidding testamentary donations or benefits. However the existing restrictions in the civil code had passed only to be applied to the cases of adulterine concubinage, where the man lived concomitantly with the wife and with the “concubine”, but treat in this article of that separate person in fact, and established with another person in a relationship it lives uxorious, as if husband and woman were, or even though for option of the man and the woman whom they do not want to be married, for option they want to live in steady union. The existing patrimonial relations between friends, need to be fixed under the form of legal and moral protection whom they deserve. With the beginning of the dignity of the person human being made use in constitutional text, and the equality of man and woman, needed that aspects of the family law were reviewed. Through the analysis of articles, and the current context of the society it is that it is made use to study this fact - Steady Union. The existing discrimination for this familiar entity is subject of the present study.

Keywords: spouse, steady union, familiar entity

INTRODUÇÃO

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL



família na época da antiguidade era, em geral, constituída por meio de celebrações religiosas ou por meio de convivência.

No direito romano, a mulher passava a integrar a família de seu marido, pela *conventio in manum*, sujeitando-se á *manus*, que era o poder marital, por uma das seguintes formas de constituição familiar: pela *confarreatio*, que consistia em uma cerimônia religiosa, reservada ao patriciado, com formalidades excessivas, com a oferta a Júpiter de um pão de farinha, que os nubentes comiam, juntos, realizada perante dez testemunhas e perante o sacerdote de Júpiter; pela *coemptio*, o casamento privativo dos plebeus, que implicava a venda simbólica da mulher ao marido; pelo *usus*, que era o casamento pela convivência ininterrupta do homem e da mulher, por um ano, em estado possessório, que, automaticamente, fazia nascer o poder marital, a não ser que, em cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do lar conjugal. Além, dessas formas de casamento, existiu o concubinato, em Roma, regulamentado, de modo indireto, á época do Imperador Augusto, pelas *Lex Iulia* e *PapiaPoppaea de maritandisordinibus*.³

Não havia correlação direta com a consanguinidade. O *pater familias* tinha poder sobre todos os descendentes não emancipados e sobre as mulheres casadas com *manus* com os descendentes.⁴

³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 91.

⁴ WALD, Arnaldo. *Direito de família. Curso de Direito Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973, p. 24

Fustel de Coulanges explica que o casamento em Roma antiga, fazia parte do contexto religioso da família. Cada grupo familiar possuía sua própria religião, suas próprias orações e formulações, em torno do fogo doméstico.

Ronaldo Frigini⁵ reproduzindo o texto de Guilherme Nogueira da Gama afirma que:

Remonta a milênios a notícia da existência de concubinas na vida dos homens, mesmo no tempo em que a poligamia era o regime natural dos casados, podendo-se afirmar que possuir apenas uma mulher representava comportamento vergonhoso, desonroso para o homem. Não bastasse a existência de várias mulheres com quem se casavam não eram apenas poucos os homens que ainda mantinham suas concubinas.⁶

Portanto, na cultura da antiguidade possuir um único casamento não era algo incomum, porém era visto de forma infame.

Em épocas remotas a união de fato sem a chancela estatal foi não só tolerada, mas também reconhecida, como se deu em Roma, onde o concubinato tinha foros de legalidade e era comum.⁷

Para Orlando Gomes:

(...) não se pode omitir a influência da Igreja, por sua doutrina e ação, na elaboração do estatuto da família. (...) A Religião e a Moral influem na formação dos costumes familiares e, portanto, na legislação que o Estado dita para regular a constituição da família e as relações provenientes.⁸

Admitidas em algumas épocas, reprimidas em outras, as uniões informais, foram severamente combatidas pela Igreja Católica nos Concílios de Toledo (400 d.C), da Basílica (431,

⁵ FRIGINI, Ronaldo. *O concubinato e a nova ordem constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 680, dez. 1992, p. 52, *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 96.

⁶ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999, p. 41.

⁷ COELHO, Rômulo. *Direito de família*. São Paulo: LEUD - Livraria e Editora. Universitária de Direito Ltda, 1ª ed. 1990, p. 185.

⁸ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11ª ed. Forense Rio de Janeiro: 1999, p.10.

d. C), de Latrão (1516 d.C.) e finalmente, acabaram por ser expressamente condenadas no Concílio de Trento (1.563, d.C).

Embora tendo reprovado o concubinato, como forma de constituição de família, a Igreja Católica tolerou-o, quando não se cuidasse de união comprometedora do casamento ou quando incestuosa, até sua proibição pelo Concílio de Trento, em 1563.

O Concílio resultou na afirmação do casamento como um contrato indissolúvel e no reconhecimento do princípio monogâmico na determinação do livre consentimento dos nubentes para contrair o matrimônio na obrigatória presença do ministro eclesiástico e testemunhas, com a benção.⁹

O concubinato era adúlterino como concorrente e paralelamente ao casamento de modo excepcional e desabonador da família. No Brasil o Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890, secularizou o casamento, a partir dele, o formalismo tomou conta da legislação brasileira.¹⁰

Na esfera constitucional, o texto de 1824 nada mencionou sobre a família ou mesmo o casamento, já a Constituição Federal de 1891, apesar de não dedicar capítulo especial à família, reconheceu efeitos apenas ao casamento civil no art. 72, § 4º.¹¹

Por outro lado, a carta constitucional de 1934, dedicando capítulo próprio ao instituto, estabeleceu a constituição da família brasileira pelo casamento civil indissolúvel.

Portanto, o casamento, por muito tempo, era a única forma legítima para a constituição de família. Esse princípio foi mantido nos textos constitucionais de 1937 (art. 124); 1946 (art. 163); 1967 (art. 167); 1969 (art. 175) que mantinha o casamento como indissolúvel e contava com a proteção do Esta-

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: *Direito de Família*, aspectos constitucionais, civis e processuais, São Paulo, Saraiva. 1998, p. 251.

¹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 92.

¹¹ A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

do.

Para o Código Civil de 1916, a família é aquela assentada no Direito Napoleônico, apesar de nítido repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram. Com propósito de proteger a família constituída pelo sagrado laço do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extrapatrimoniais. Restou por puni-las, vendando doações, instituição de seguro e a possibilidade de a concubina ser beneficiada por testamento.¹²

Assim, o texto do Código Civil 1916 demonstra a preferência pela família com valores tradicionais, com o homem á frente da família.

Com a Lei n.º 883 de 21 de outubro de 1949, o filho tido fora do casamento, pôde ser reconhecido por qualquer dos pais. Por outro lado, em 1962, o Estatuto da Mulher Casada, Lei n.º 4121, consolidou o início da emancipação da mulher dentro do casamento, passando do *status* de relativamente incapaz para absolutamente capaz para os atos da vida matrimonial, passando a ser considerada colaboradora do marido na sociedade conjugal.

Ainda nesse sentido, em 1977, com a Lei n.º 6515, denominada Lei do Divórcio, finalmente traçaram-se normas referentes à dissolução do casamento, ocorrendo a principal quebra dos valores religiosos embutidos nesse instituto. Ressalta-se que a indissolubilidade do casamento foi, sem dúvida nenhuma, uma das principais causas pelo elevado número de relações sem a presença de um casamento civil, consideradas amorais e reprováveis, posto que concubinárias.¹³

Até 1977 não existia o divórcio. A única modalidade de separação que havia era o desquite, que não dissolvia a socie-

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 155.

¹³ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *A união estável e o novo Código Civil*. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3083>>. Acesso em: 22 de ago. 2010.

dade conjugal e impedia novo casamento. Tantas reprovações, contudo, não lograram coibir o surgimento de relações destituídas de amparo legal. Não há lei, nem de Deus nem dos homens, que proíba o ser humano de buscara felicidade. As uniões surgidas sem o selo do matrimônio, eram identificadas com o nome de concubinato.¹⁴

Quando se rompia a relação de concubinato, pela separação ou morte de um dos companheiros, as demandas começaram a bater às portas do Judiciário.

As soluções encontradas regravam tão só os efeitos patrimoniais do relacionamento na tentativa de coibir aberrantes injustiças. Em primeiro momento, nas situações em que a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma camuflada, sob o nome de indenização por serviços domésticos.¹⁵

Para essa indenização por serviços domésticos, o tribunal baseava sua decisão na inadmissibilidade do enriquecimento ilícito.

O Brasil nunca tipificou o concubinato como crime, mas também não o regulamentava.

Como a família deveria ser calcada no casamento, o relacionamento extramatrimonial não poderia ser reconhecido como família. Ressalta-se que essa falta de regulamentação não se configura numa repulsa ao concubinato, mas sim, na defesa da família legítima formada pelo casamento, apesar de essas relações concubinárias serem marcantes como fato social.¹⁶

Em face das queixas generalizadas, passou a justiça a reconhecer a existência de sociedade de fato. Porém, para ensinar a divisão dos bens adquiridos na constância da união, havia a necessidade da prova da contribuição financeira efetiva de

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 155.

¹⁵ *Ibidem*, p. 155.

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.33.

cada consorte para a contribuição do patrimônio. Assim, companheiros eram considerados sócios, procedendo-se a divisão dos lucros, a fim de evitar que o acervo adquirido durante a vigência da sociedade ficasse somente com um dos sócios.¹⁷

A relação afetiva trazia efeitos patrimoniais se provados a contribuição de cada um no enriquecimento do “casal”, esta foi a alternativa do judiciário.

Inclusive a questão foi sumulada (Súmula 380, STF), onde determinava que comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Com a evolução dos costumes, as uniões extrapatrimoniais acabaram merecendo a aceitação da sociedade, levando a Constituição a dar nova dimensão á concepção de família e introduzir o termo entidade familiar. Alargou-se o conceito de família, passando a proteger relacionamentos outros além dos constituídos pelo casamento. Emprestou juridicalidade aos enlaces extrapatrimoniais até então marginalizados pela lei. As uniões de fato entre homem e mulher foram reconhecidas como entidade familiar com o nome união estável.¹⁸

Portanto, essa relação surge das inúmeras cobranças sociais, ora, o legislador apesar de muito regulamentar o casamento, não tem como obrigar ou impedir que alguém não queira unir-se em matrimônio, parte da questão resolve-se pela União Estável.

2. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA UNIÃO ESTÁVEL

A rendição do direito ao quadro multifacetário característico da família brasileira só veio a ocorrer, efetivamente com

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 156

¹⁸ *Ibidem*, p. 156 -157.

a Constituição Federal de 1988.¹⁹

Nesta carta magna, teve início para o Direito de Família uma nova fase. Quando o legislador no art. 1º, inciso III estabelece como um dos pilares da sociedade brasileira o princípio da dignidade humana, e no art. 5º, §1º estabelece a igualdade entre homem e a mulher, os conceitos dogmáticos tiveram nova vertente.

A constituição ao garantir especial proteção á família, citou algumas entidades familiares, as mais frequentes, mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável, e por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela escala de prioridade entre eles. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção.²⁰

Portanto como inseridas na Constituição Federal o princípio da dignidade humana, a Constituição preza por proteção, exigindo a igualdade entre homem e mulher.

João Baptista Villela assume a posição contrária a qualquer tentativa de regulamentação do instituto:

O concubinato na modalidade que a Constituição de 1988 veio a designar por união estável, deixou de ser um refúgio obrigatório dos que, malsucedidos em uma experiência conjugal, quisessem reencetá-la com outrem, para ser uma espécie de casamento alternativo. Um casamento para quem não desejasse submeter-se ás regras de ordem pública a que está sujeito o matrimônio legal.²¹

Portanto, após as cobranças sociais, o legislador reconhece a união estável, garantindo-a para aqueles que se negam

¹⁹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A recepção da família sem casamento no direito brasileiro. *Revista de eventos UEM*, ano II, nº1, 1999, p. 3.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 157.

²¹ VILLELA, João Baptista. *Alimentos e sucessão entre companheiros*. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 7, 1995, p. 119.

a casar, sob qualquer pretexto.

Importa notar que a Constituição Federal Brasileira ao garantir que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, á qual deve a lei facilitar sua conversão em casamento.

O *caput* do art. 226 da Constituição Federal é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade.²²

Porém, por que durante tantos anos a sociedade se viu privada desta forma de entidade familiar?

O Código Civil de 1916 serviu aos interesses da oligarquia na época de sua aprovação (início do século XX), refletindo exatamente aquele instante histórico, isto é, o patrimonialismo, o paternalismo e o individualismo reinante.²³

Este mesmo diploma legal se mostrou incompatível com o disposto no texto constitucional que efetivava o princípio da dignidade humana.

Desta forma, é que as normas do direito de família, vigentes até a entrada em vigor do novo Código Civil, tiveram de ser interpretadas á luz da Constituição de 1988.²⁴

A Constituição Federal de 1988, pelo § 3º de seu art. 226, reconheceu o concubinato puro, não adulterino nem incestuoso, como forma de constituição de família.

Eduardo de Oliveira Leite critica o uso da expressão união estável, como se casamento não o fosse, e sugere que melhor seria a expressão união livre, ou seja, entre pessoas

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

²³ GOZZO, Débora. A escolha de Sofia: Companheiro ou Cônjuge? Discriminação no Direito de Família Brasileiro. *Revista Unifiteo*, São Paulo, nº. 2, 2009, p. 105.

²⁴ GOZZO, Débora. A escolha de Sofia: Companheiro ou Cônjuge? Discriminação no Direito de Família Brasileiro. *Revista Unifiteo*, São Paulo, nº. 2, 2009, p. 105.

desimpedidas de contraírem núpcias.²⁵

O legislador constitucional, por certo, curvou-se diante da realidade do concubinato, mas ao dispor sobre a sua convertibilidade em casamento, sem sombra de dúvida, evitou qualquer equiparação entre os dois institutos e deixou claro que, entre os dois, deu maior relevo ao casamento.

Tereza Arruda Alvim cita que:

(...) com o advento da Carta Constitucional de 1988, não se fez mais distinção entre concubinato e casamento sob o aspecto de se estar ou não tutelado pelo Direito, já que ambos o são atualmente, mas que se trata de dois modos diferentes de ser relevante para o ordenamento jurídico (...).²⁶

Assim, concebe-se que a Constituição Federal veio a igualar casamento com União Estável e regulamentar essa relação.

O legislador constituinte substituiu a expressão concubinato, por união estável, para inaugurar nova era de compreensão aos conviventes, respeitando seus direitos e sua sociedade de fato, que sempre existiu, antes do decreto nº 181 de 1890, sob a forma de casamento de fato ou presumido.²⁷

Silvio de Salvo Venosa cita:

(...) portanto, a união estável, denominada na doutrina como concubinato puro, passa a ter perfeita compreensão como aquela união entre homem e a mulher que pode converter-se em casamento. Tanto assim é, que, em complemento a dispositivo constitucional, o art. 1.726 dispõe que “ a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no registro civil.”²⁸

Apesar de devidamente reconhecida a União Estável, o

²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. vol. 1, Curitiba: Juruá Editora, 1991, p. 97.

²⁶ ALVIM, Tereza Arruda Pinto. Entidade Familiar e Casamento Formal: Aspectos Patrimoniais. In: *Direito de Família, aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 81.

²⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 96.

²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.434.

legislador afirma que a conversão em casamento pode ser feita á qualquer tempo, seria, portanto dizer: “mais uma chance, você quer se casar”?

A Constituição Federal de 1988 ao estender a proteção do Estado a outras formas de família, além da derivada do casamento, incluindo a união estável entre homem e mulher, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sejam filhos de sangue ou adotivos, operou a repersonalização das relações de família.²⁹

Mesmo que se tenha assentado que casamento e união estável no mesmo plano como realidade familiar, o modelo básico de família continua sendo a matrimonialista.

Neste passo, o fato de ter sido preservado o modelo jurídico racionalista justifica a opção preferencial pelo casamento, como fonte primeira da família: recepcionou-se a união informal, atribuindo-lhe dignidade jurídica. No entanto, o paradigma básico das uniões sexuais continuou sendo o matrimônio, tendo em vista que este modelo não foi subvertido, mas apenas repersonalizado.³⁰

Quanto ao casamento religioso, a Carta Constitucional no seu art. 226, § 2º, dispõe que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Silvio de Salvo Venosa cita que introduzida a dicção constitucional a respeito da união estável reconhecida como entidade familiar (art. 226, §3º), duas sortes distintas de interpretação tem sido percebidas na doutrina e nos julgados³¹. A primeira orientação é no sentido de entender o companheirismo como equiparado ao casamento; ou seja, que os direitos da união estável não diferem do casamento.

²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74.

³⁰ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A recepção da família sem casamento no direito brasileiro. *Revista de eventos UEM*, ano II, nº1, 1999, p. 5.

³¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 47.

Contudo, majoritariamente, conclui-se que o constituinte, no art. 226, não cria direitos subjetivos exigíveis de plano, autoexecutáveis, mas vinculando o legislador ordinário. A constituição determinou que os companheiros devessem ser protegidos por norma futura. Não há razão em converter uma coisa em outra, salvo se forem desiguais, enquanto o casamento é negócio jurídico, a união estável é fato jurídico.

O texto constitucional de 1988 elevou o *status* de entidade familiar, ao lado do casamento, a união estável e a família monoparental. Tratou-se, ali, de garantir ao homem e á mulher que vivem juntos, sem os laços do casamento civil (união estável), e aquele que vive com sua prole, sem a presença do outro genitor, seja por que motivo for (família monoparental), a proteção dedicada, até aquele momento, somente á família constituída pelo casamento civil. Essa era a única forma de família reconhecida pelo ordenamento brasileiro até então.³²

Note-se que quando o legislador constituinte toma essa posição de reconhecimento da união estável, causa uma revolução no seio da sociedade, pois, o constituinte sempre tão conservador ao direito dessas pessoas, os integra como família, ignorando a disposição do Código Civil de 1916.

Porém em momento algum o legislador constituinte aparenta equiparar a união estável ao casamento.

2.1. O DIREITO DOS COMPANHEIROS ANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O legislador infraconstitucional através da Lei nº 5.478/1968 legitimou os companheiros á ingressarem na justiça, postulando direito de alimentos, lei que tinha como legítimos os cônjuges e os parentes.

A Lei 8.971/1994, a primeira regulamentação da união

³² GOZZO, Débora. A escolha de Sofia: Companheiro ou Cônjuge? Discriminação no Direito de Família Brasileiro. *Revista Unifêo*, nº. 2, 2009, p.105

estável, editada em 29.12.1994, regulou o direito dos companheiros a alimentos e á sucessão. No seu art. 1º, dispunha que concede a companheira ou companheiro, na união estável, após a convivência de cinco anos ou a existência de prole, o direito a alimentos, nos moldes da Lei nº. 5.478/1968 (enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade).

Essa lei que regula o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão conservava ainda certo ranço preconceituoso, ao reconhecer como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, deixando de fora, injustificadamente, os separados de fato.³³

Após a edição da constituição de 1988, já existia uma tendência jurisprudencial á concessão de alimentos, talvez, por esta, em seu art. 226, §3º, recomendar que a lei facilite a conversão da união estável em casamento.³⁴

Com a Lei 8.971/1994, em seu art. 1º, na regulamentação do direito sucessório do companheiro sobrevivente, garantiu o mero direito de usufruto, caso o companheiro concorresse com descendentes comuns ou do autor da herança, ou com ascendentes, na ausência dos herdeiros necessários o companheiro herdava o legado deixado (art. 2º, III, da Lei 8.971/1994).

O STF com a Súmula 380 entendia que não sendo o companheiro herdeiro universal, deveria comprovar ter contribuído com seu esforço para a aquisição do patrimônio.

A lei 9.278/1996, teve maior campo de abrangência. Para o reconhecimento da união estável, não quantificou prazo de convivência e albergou as relações entre pessoas separadas de fato. Além de fixar a competência das varas de família para o julgamento dos litígios, reconheceu o direito real de habitação. Gerou a presunção júris ET de jure de que os bens adquiridos a título oneroso na Constância da convivência são fruto do esfor-

³³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2007, p. 157

³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 101

ção comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para proceder á partilha igualitária dos bens.³⁵

A mesma lei de 1996 regulamentava o art. 226, § 3º da Constituição Federal, regulamentando a vida em comum dos companheiros agora denominados de conviventes, durante a união estável. Nesta lei, no art. 1º, não previa o tempo de duração da união estável para seu reconhecimento, o que seria verificado pela posse recíproca dos concubinos, com intuito de formação do lar, desde que a convivência seja duradoura, a demonstrar a existência da família.

A norma de 1996 estabeleceu que os bens havidos durante a vida, seriam tidos em condomínio, em partes iguais salvo disposição em contrário escrito. Instituiu o direito real de habitação para o convivente, em caso de dissolução da união estável por morte.

Portanto apesar de em plena eficácia da Constituição Federal de 1988, o Código Civil insistia em tratar a união estável de maneira diversa.

2.2. DOS DIREITOS E DOS DEVERES ENTRE OS COMPANHEIROS E OS CÔNJUGES

Falar em direitos e deveres na união estável sempre acaba levando a um cotejo com os direitos e deveres do casamento. Chama atenção o fato de inexistir paralelismo entre os direitos assegurados e os deveres impostos a cada uma das entidades familiares.³⁶

O art. 1.724 do atual Código Civil, dispõe que: “ as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e edu-

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.157.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.164.

cação dos filhos.” Da mesma forma o art. 1.566³⁷ do Código Civil disciplina sobre os direitos e deveres dos cônjuges, igualando portanto cônjuges e companheiros nos aspectos: assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, disciplinando mais deveres aos casados.

Em comum há a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos. Note-se que o art. 1.724 do Código Civil disciplina lealdade, e o art. 1.566 Código Civil disciplina fidelidade recíproca.

Um dos deveres do casamento é a vida em comum, no domicílio conjugal (art. 1.566, II, Código Civil). Na união estável, inexistente essa imposição, nada é dito sobre o domicílio familiar. Assim a coabitação, ou seja, a vida em comum sob o mesmo teto não é elemento essencial para sua configuração. Aliás, não era exigido sequer para o reconhecimento de concubinato. Apesar da ausência de reclamação legal de moradia única, a jurisprudência resiste em reconhecer o relacionamento quando o par não vive em um único lar. Embora existam justificativas para a manutenção de casais diferentes, ainda assim a falta de vida sob o mesmo teto tende a desconfigurar a união.³⁸

A lei não prevê consequências para o descumprimento dos presentes deveres do companheiro, diferente do casamento. (art. 1.572, *caput*, Código Civil)

Não se atina o motivo de ter o legislador substituído fidelidade por lealdade. Como na união estável é imposto tão só o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel, assim como não há o dever da vida em comum sob o mesmo teto. Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como

³⁷ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.165

entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de vínculos paralelos. Se os companheiros não tem o dever de serem fiéis nem de viverem juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigurar nenhuma delas³⁹.

O objetivo do legislador teria sido o de continuar privilegiando o casamento, como espécie ideal de família, isto não significa desamparar aqueles que vivem em união estável, mas proteger da forma mais ampla possível aqueles que são casados. Não é à toa, pois, que o §3º do artigo 226 da constituição, determina ser tarefa do legislador facilitar a conversão da união estável em casamento⁴⁰.

Outra justificativa para a ausência de simetria entre casamento e união estável no que diz com o dever de fidelidade do cônjuge e de lealdade do companheiro é a presunção *pater est*, que existe entre os cônjuges, mas não está prevista na união estável, o só fato de o genitor ter um documento (a certidão de casamento) possibilita o registro do filho como seu. No entanto, o convivente pode ter prova da união, por exemplo, contrato de convivência ou sentença declaratória de sua existência. Não se pode subtrair eficácia a esses documentos para o registro da prole. Cabe figurar a hipótese de falecimento do pai antes do registro do filho de sua companheira. De todo descabido exigir que o filho proponha ação investigatória de paternidade contra a sucessão de seu genitor, cuja representante pode ser sua mãe. A situação é absurda⁴¹.

Como a união se extingue apenas pelo término do convívio, sem interferência judicial, descabe a identificação de responsabilidades. A relação finda da mesma maneira como se

³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.165.

⁴⁰ GOZZO, Débora. A escolha de Sofia: Companheiro ou Cônjuge? Discriminação no Direito de Família Brasileiro. *Revista Unifiteo*, n° 2, 2009. p.109.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.165.

constituiu. Não havendo espaço para perquirir culpa na união estável, inexistem sanções. Infrutífera é a tentativa de estabelecer direitos e deveres à semelhança do casamento. Eventual descumprimento dos deveres legalmente impostos não tem sequer o condão de afastar o reconhecimento da existência da entidade familiar, quando presentes os requisitos legais. Mesmo que os conviventes descumpram os deveres impostos por lei, tal fato não gera nenhum efeito, nem impede o reconhecimento da união nem a dissolve⁴².

Diferentemente, Álvaro Azevedo se manifesta:

De acordo com o art. 1.724 do novo Código, lealdade, respeito e assistência, bem como, quanto aos filhos, sua guarda, sustento e educação, são deveres e direitos que devem existir nessas relações pessoais. Tanto o dever de lealdade quanto o de respeito mútuo, provocam injúrias graves, quando descumpridos. Paralelamente à deslealdade está o adultério, quebrando o direito-dever de fidelidade. É certo que não existe adultério entre companheiros, porém, ambos devem ser leais. O direito-dever de respeito mútuo é descumprido quando um dos companheiros atinge a honra ou a imagem do outro com palavras ofensivas ou gestos indecorosos.⁴³

Portanto, os deveres do casamento teriam vários pontos em comum com os deveres da União Estável, a pesar de não corresponderem como institutos idênticos.

2.3. DAS CARACTERÍSTICAS DA UNIÃO ESTÁVEL

No art. 1.723 do Código Civil é possível observar as características da união estável: convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família.

⁴² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.165 – 166.

⁴³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *A união estável no código civil*. Jus Navegandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4580>. Acesso em 20 de Maio de 2010.

Preocupa-se o legislador em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família. O afeto ingressou no mundo jurídico, lá demarcando seu território.⁴⁴

O conceito de união estável, retratado no art. 1.723 do Código Civil, corresponde a uma entidade familiar entre homem e mulher, exercida contínua e publicamente, semelhante ao casamento. Hoje, é reconhecida quando os companheiros convivem de modo duradouro e com intuito de constituição de família. Na verdade, ela nasce do afeto entre os companheiros, sem prazo certo para existir ou terminar. Porém, a convivência pública não explicita a união familiar, mas somente leva ao conhecimento de todos, já que o casal vive com relacionamento social, apresentando-se como marido e mulher.⁴⁵

Da mesma forma a constituição da relação pelo casamento, na união estável encontra-se a dependência da convivência e da intenção de constituir família.

A definição estabelecida pelo art. 1723 é muito semelhante aquela então fornecida pelo art. 1º da Lei nº. 9.278/1996. Trata-se de um conceito aberto de união estável, sem as amarras temporais do passado. O vínculo duradouro e não um limite de tempo poderá definir a solidez dessa união⁴⁶.

Porém o que seria essa convivência pública que o art. 1.723 menciona?

A lei exige, com certeza, a notoriedade da relação no meio social frequentado pelos companheiros, objetivando afastar a definição de entidade familiar as relações menos com-

⁴⁴ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 502.

⁴⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *A união estável no código civil*. Jus Navegandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4580>. Acesso em 20 de Maio de 2010.

⁴⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 433.

promissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de como se casados fossem. Apesar da lei não exigir decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial, mas sim prolongada no tempo, residindo a durabilidade e a continuidade do vínculo. A unicidade do enlace afetivo é detectada sopesando-se todos os requisitos legais de forma conjunta⁴⁷.

A constituição de família tem caráter subjetivo, pois antigamente se casavam com objetivo de constituir uma família.

A união estável inicia um vínculo afetivo. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, começando as duas pessoas a ser identificadas no meio social como um par. Com isso o relacionamento se torna uma unidade.⁴⁸

Portanto, para caracterização da união estável, considera-se aquele relacionamento estável, com indícios de família, no sentido de tratarem-se os pares como se casados fossem, evidenciando o aspecto familiar, neste ponto, casamento e união estável teriam o mesmo núcleo.

2.4. DO REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL

Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, gera um quase casamento na identificação de seus efeitos, dispondo de regras patrimoniais quase idênticas.⁴⁹

A Lei nº. 9.278/1996, disciplinou o regime de bens da união estável.

Já a Súmula do STF nº 380, garantia a participação na vida patrimonial adquirida durante esta, desde que com esforço

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.161

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.161

⁴⁹ CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7.

comum comprovado.

O art. 5º da Lei 9.278/1996 dispunha que os bens a título oneroso, havidos durante a vida comum dos companheiros, seriam dispostos na forma condominial, salvo se os conviventes estipulassem de modo diverso na forma de contrato escrito.

Desta forma a Lei de 1996, permitiu aos companheiros estabelecer, o regime de bens, o que já existia aos nubentes. .

O art. 1.725 do atual Código Civil dispõe que: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber o regime da comunhão parcial de bens.”.

Na ausência de contrato escrito, o regime da união estável será o da comunhão parcial de bens, ou seja, a comunicação dos bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento.

Os noivos tem a liberdade de escolher o regime de bens no casamento. Por meio do pacto antenupcial, podem optar entre um dos regimes previamente definidos na lei ou estabelecer o que melhor lhes aprouver, desde que não haja afronta a disposição absoluta de lei. Na união estável os conviventes tem a faculdade de firmar contrato de convivência (art. 1.725, Código Civil), estipulando o que quiserem. Quedando-se em silêncio tanto os noivos como os conviventes, a escolha é feita pela lei: incide o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.658 a 1.666, Código Civil).⁵⁰

Ter-se-á a presunção de que os bens onerosamente adquiridos durante a união estável são comuns, só podendo ser afastada por contrato escrito, não se admitindo nenhuma prova em contrário. Não há, pois, brechas para a alegação de que não houve esforço comum.⁵¹

Conforme disciplina o art. 1.725 do Código Civil, o regime de bens durante a constância da união estável será o da

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.166.

⁵¹ CARVALHO, Milton Paulo Filho. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Editora Manole, 2009, p. 186.

comunhão parcial, podendo de forma escrita por contrato optarem por regime patrimonial diverso.

O art. 1.640 do Código Civil que dispõe sobre casamento estipula que; não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

O legislador no que concerne ao regime patrimonial, praticamente equiparou os direitos de companheiros e os dos cônjuges. Mas será que os companheiros não foram discriminados, se comparados aos cônjuges? Se tiverem sido, qual o propósito do legislador⁵²?

Sob hipótese alguma podem ser concedidos direitos mais amplos á união estável do que aqueles outorgados ao casamento, por vezes, a lei acene com essa possibilidade, e na prática seja difícil que exista esse controle⁵³.

Na parte final do art. 1.725 do Código Civil, o qual regulamenta o regime patrimonial da união estável, dispõe: no que couber.

Qual seria a abrangência da parte final do artigo? Levando-se em conta especialmente o disposto no art. 1.647 do Código Civil, que exige a outorga uxória ou marital, para marido e mulher, respectivamente, seria correto afirmar-se que esse assentimento também seria exigido entre companheiros?⁵⁴

Em análise ao art. 1.647, encontra-se o poder de administração com limitações com objetivo assegurar a harmonia e segurança da vida conjugal, com preservação do patrimônio. O código, portanto, enumera que quando casados sob regimes de comunhão universal, parcial, e participação final dos aquestos, excluindo-se neste a hipótese os relativos ao art. 1.656, Código

⁵² GOZZO, Débora. A escolha de Sofia: Companheiro ou Cônjuge? Discriminação no Direito de Família Brasileiro. *Revista Unifiefio*, nº. 2, 2009. p.111.

⁵³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 437.

⁵⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.437.

Civil, onde os cônjuges não podem dispensar a outorga.

Euclides de Oliveira entende que a outorga uxória não seria necessária aos companheiros para a válida celebração dos negócios jurídicos, pois, se não há as formalidades exigidas para o casamento, no que concerne ao regime de bens, e não sendo oponíveis contra terceiros os efeitos do regime de bens entre os companheiros.⁵⁵

Por outro lado, Carlos Roberto Gonçalves cita que é necessária a outorga uxória também a união estável, especialmente para alienar, ou gravar de ônus real os bens imóveis.⁵⁶

Ao que nos parece, a posição última citada merece respaldo, pois, o art. 1.725, estabelece que companheiros possam ajustar sua vida patrimonial por contrato escrito, não se exigindo a escritura pública. Desse modo terceiros que negociarem com alguém em união estável não podem ser prejudicados por uma omissão sobre fato, pois não se presume publicidade do regime de bens dos conviventes.

Quando o art. 1.725 do Código Civil dispõe “no que couber”, sobre regime de bens, vem à tona a seguinte dúvida – poderia se aplicar as restrições previstas no artigo 1.641 do mesmo código? O artigo citado disciplina o regime obrigatório da separação de bens.

Nenhuma das hipóteses do artigo tem sido considerada pela doutrina como passíveis de aplicação á união estável. Em primeiro lugar, porque não se pode estabelecer, com precisão, a data do início dessa vida em comum, diferente do casamento. Neste, tem-se um termo inicial seguro, isto é a data da sua celebração. Já na união estável, o máximo que se tem é a data em que eventualmente começou a haver a vida em comum que foi se consolidando, ao longo do tempo, como duradoura, pública e com o objetivo de constituição de família (art. 226, §3º Cons-

⁵⁵ OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável: do concubinato ao casamento*. 6º ed.. São Paulo: Método, 2003, p. 193.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 228.

tuição Federal e art. 1.723, Código Civil). Desconhece-se, portanto o momento exato a partir do qual ocorreu a incidência do art. 1.725 da lei civil, diferente da hipótese do § 1º do artigo 1.639, no que concerne á pessoas casadas.⁵⁷

Assim no caso do término da união estável, necessário se provar a sua estabilidade, publicidade, e o objetivo de constituir uma família.

A Súmula 382 do STF dispõe que a estabilidade da união estável, consolida-se aos poucos, dependendo da convivência dos conviventes, ainda que não seja na mesma casa.

Não se exigiu dos conviventes, em nível de legislação, até hoje, a coabitação, ou seja, moradia na mesma residência, como elemento indispensável para a configuração da união estável. Há, inclusive, a Súmula 382, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que “A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”.⁵⁸

Entretanto, admite-se que a coabitação é elemento essencial para a configuração da união estável, uma vez que esta deve ter aparência de casamento.

Sendo essa orientação não nega eficácia à citada Súmula 382, que reflete uma situação de exceção, que pode ser observada até mesmo no casamento, pois não são raros os casos em que cônjuges exercem suas vidas profissionais em cidades distintas.⁵⁹

A despeito de críticas desta súmula Fernando Malheiros Filho, dispõe que:

Nessa conturbada seara que é surgiu a discussão acerca da incidência da súmula n.º 382/STF, que predica ser dispensável à

⁵⁷ GOZZO, Débora. A escolha de Sofia: Companheiro ou Cônjuge? Discriminação no Direito de Família Brasileiro. *Revista Unifíeo*, nº. 2, 2009, p. 112

⁵⁸ SANTIAGO, MARIANA RIBEIRO. *Bem de família e União Estável*. Disponível em: <www.juspodivm.com.br/.../%7BD377F163-50E3-4E6B-B210-4CD39AD3E25B%7D_015.pdf> Acesso em: 23 mar. 2010, p. 11.

⁵⁹ CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 62.

caracterização do concubinato a vida *more uxório* dos concubinos, cujo enunciado foi equivocadamente elevado à condição de licença do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL à existência da união estável sem a presença do requisito da coabitação. Defendem os arautos da incidência do ventilado verbebo n.º 382 ao tema da união estável que, sendo o entendimento pacificado no Sumo Pretório no sentido de que o concubinato advém da convivência habitual entre parceiros, sem vida em comum sob as mesmas telhas, que assim a união estável estaria legitimada para ser reconhecida entre parceiros ainda que desvinculados do elemento domiciliar. A solução pretendida explica-se no silogismo pelo qual relacionamento sem coabitação é igual a concubinato que é igual a união estável! E, partindo-se de equivocada premissa, estaria aberta a porta para as mais variadas pretensões, deslocadas da verdadeira e única “*mens legis*” sobre o tema, que se situada no sentido da defesa da família e dos valores familiares, independentemente de sua origem, se formal ou informal, e não como instrumento de locupletação, por vezes até de extorsão.⁶⁰

Portanto o autor a coabitação seria, portanto um requisito para caracterização da união estável, já que justamente pela falta de requisitos probatórios materiais, a conceituação deve ser feita á partir da intenção de vivencia como se casados fossem.

Outra questão acerca do dispositivo legal art. 1.523 do Código Civil, referente ás causas suspensivas, neste artigo o legislador estabelece as circunstâncias que não recomendam a realização do casamento e que podem desaparecer desde que haja autorização judicial. No caso da união estável ainda que os companheiros estejam em uma das hipóteses do citado artigo, não se faz necessária a prova prevista no parágrafo único da norma.

Em optando as pessoas pela união estável e não pelo ca-

⁶⁰ FILHO, Fernando Malheiros. *A união estável e a súmula n.º 382/STF*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Fernando_Malheiros_Filho/Uniao%20estavel%20Sumula%20382.pdf> Acesso em 20 de março de 2010.

samento, isso já indica que elas não querem se submeter às restrições previstas para aqueles que querem contrair matrimônio. Por isso, se ela é ou não maior de sessenta anos, não interessa. O fato é que ela está livre da incidência do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, isto é, da obrigatoriedade do regime de bens da separação legal.⁶¹

O que faz a união estável ser mais vantajosa que o casamento é quando um ou ambos tem mais de 60 anos. Para quem casar depois dessa idade, o casamento não gera efeitos patrimoniais. É o que diz a lei (art. 1.641, II, Código Civil), que impõe o regime de separação obrigatória de bens. Essa limitação, no entanto, não existe na união estável, não cabendo interpretação analógica para restringir direitos.⁶²

No regime da comunhão parcial, todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do trabalho comum, adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em partes iguais, instala-se um estado de condomínio entre o par. Portanto, quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é seu titular exclusivo. Ainda que a união estável gere a copropriedade dos bens adquiridos, não há qualquer determinação obrigando o respectivo registro em nome de ambos os conviventes. A problemática envolve duas vítimas o companheiro que não teve o nome inserido no registro e o terceiro que celebrou o negócio, cuja aparência o fez crer tratar-se o vendedor do único proprietário do imóvel.⁶³

Evidente que trata-se de um conflito de direitos. O sistema tutela o interesse do terceiro, garantindo a segurança, é valorizada o registro público.

⁶¹ GOZZO, Débora. A escolha de Sofia: Companheiro ou Cônjuge? Discriminação no Direito de Família Brasileiro. *Revista Unifiefio*, nº. 2, 2009, p.113.

⁶² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.166.

⁶³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.167.

A tendência é reconhecer a higidez do negócio, assegurando ao companheiro direito indenizatório a ser buscado contra o parceiro. Instala-se a co-titularidade patrimonial, ainda que somente um dos conviventes tenha adquirido o bem. A lei estabelece a necessidade de outorga uxória entre os cônjuges para a prática de atos que possam comprometer o patrimônio comum. Na união estável nada é referido. Em face da omissão do legislador, não se poderia exigir o consentimento do companheiro para a alienação do patrimônio imobiliário, a concessão de fiança ou aval e a realização de doações.⁶⁴

Necessário lembrar que todo regime de bens exceto da separação absoluta, necessita da outorga uxória, assim não haveria motivo para exclusão da união estável.

Maria Berenice Dias completa:

(...) Não há como afastar a mesma exigência em sede de união estável em que vigora o regime de bens da comunhão parcial. Reconhecida a união estável como entidade familiar, é necessário estender-lhes as mesmas limitações, para salvaguardar o patrimônio do casal e proteger terceiros de boa fé. Assim também cabe aplicar a súmula do STJ que proclama a nulidade da fiança e ineficácia total da garantia sem outorga uxória. As mesmas exigências quanto ao cônjuge existem na união estável com relação á penhora de bens.⁶⁵

Apesar de reconhecer a união estável, e as relações daqueles que vivem como se casados fossem, no ordenamento estes conviventes ou companheiros não podem se submeter as normas previstas aos casados.

De fato, o que o legislador quer alcançar com essa tomada de posição é que as pessoas se casem. Leve-se em consideração que, ao não prever formalidade para que uma união estável tenha início, ele desampara os que optam por esse modo de vida em comum. Afinal, ao impor a forma solene para

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.168.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.168.

um determinado ato, se quer chamar a atenção dos envolvidos para a importância do que estão celebrando. Por isso, a ausência de incidência do art. 1641 Código Civil a união estável, diferentemente do que se possa pensar, não é benefício, mas sim um modo que o legislador encontrou para demonstrar, ainda que indiretamente, que sua preferência por uma vida em comum ainda é o casamento.

2.5. UNIÃO HOMOAFETIVA: A NOVA FORMA DE UNIÃO ESTÁVEL

Por muito tempo no Brasil houve debates e discussões em busca do reconhecimento do direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo. Grande impedimento para a efetivação de tal direito era o texto do art. 1.723⁶⁶ do Código Civil que assegura a união estável para relação apenas entre homem e mulher.

Atualmente, após a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação a ADI 4277 em 2011, a relação homoafetiva passou a poder ser reconhecida como “entidade familiar”, tendo o mesmo regime de regras da união estável heteroafetiva.

Como fundamento, foi julgado que o art. 1.723 do Código Civil, ainda que especifique a relação entre homem e mulher, deve ser interpretado de acordo com os princípios da liberdade, da intimidade, da igualdade e da proibição de discriminação.

O maior avanço que a decisão supracitada representa são os efeitos legais que ela trará ao ordenamento jurídico brasileiro. Conforme Luis Mott, segue alguns deles:

o reconhecimento legal do casamento entre homossexuais representaria uma garantia recíproca para o casal, idêntica aos benefícios do matrimônio heterossexual: auxílio do INSS, di-

⁶⁶ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

reito à seguridade social do parceiro, acesso a empréstimos em conjunto, direito a herança e partilha de bens, declaração conjunta de Imposto de Renda, usufruto do mesmo plano de saúde, etc.⁶⁷

Assim, primeiramente analisando as consequências legais, tal relação realmente merece a legitimação que lhe foi garantida, pois a relação existente entre duas pessoas do mesmo sexo que construíram uma vida juntos, poderia se tornar prejudicada com a morte de um deles e a falta de amparo legal que resguardasse os direitos daquele que continuou vivo, principalmente os patrimoniais.

Ainda, a decisão não teve o objetivo apenas de salvarguardar esses direitos, mas como dispõe o Ministro Marco Aurélio em seu voto na ADIN já citada, o não reconhecimento de tal direito não só obstaría a efetivação dos direitos acima citados, mas também deixaria espaço para o desenvolvimento do preconceito e seria como desdenhar das famílias formadas por casais homoafetivos.

Dessa forma, o caminho percorrido pelo ordenamento pátrio ao ampliar o conceito de união estável também para as relações homoafetivas foi um grande avanço, tornando-a possível para casais do sexo masculino e casais do sexo feminino. De tal modo, tais relações passam a ter o mesmo regramento e característica da já disposta no Código Civil e que foram discurridas neste artigo.

CONCLUSÃO

Com o reconhecimento da união estável pela Constituição Federal no âmbito das relações familiares, postulou uma série de dúvidas á respeito de variados assuntos.

⁶⁷ MOTT, Luis. Homo-afetividade e direitos humanos. Rev. Estud. Fem. [online].v. 14, n. 2, p. 509-521, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2006000200011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 de agosto de 2011.

No atual Código Civil foi possível perceber que o legislador continua a preferir escancaradamente o casamento, e ainda não dá a atenção devida ao instituto da união estável. Isso, pois, a legislação infraconstitucional jamais garantiu aos companheiros, os direitos previstos aos que vivem em regime de matrimônio.

Com relação á direitos e deveres, o legislador trata a união estável como se algo esporádico fosse, e não dotado da seriedade que lhe é presenciada entre os conviventes.

Com a evolução da sociedade, as uniões extramatrimoniais merecem atenção, o que levou á Constituição á alargar o conceito de família, passando a proteger relacionamentos além dos constituídos pelo casamento.

Porém a tímida atenção á união estável, de nada ou pouco serviu, isso em virtude da jurisprudência sem reflexos.

Nenhum avanço houve na concessão de direitos, além do que já havia sido feito, a súmula 380 ainda é invocada. Demandas relativas á união estável, ainda permanecem em varas cíveis, ao invés de varas de família.

O legislador aparentemente trata os dois institutos como semelhantes, porém tem uma preferência escancarada para com o casamento, e em hipótese alguma permite que o conviventes em união estável tenham mais proteção que os legalmente casados.

Ainda com relação á sucessão não houve avanços, persistiu a vedação de conceder herança ao companheiro sobrevivente e a negativa de assegurar o direito de habitação ou usufruto dos bens.

Evidente que a sociedade encontra-se em constante transformação, e o fundamental é buscar realmente a dignidade da pessoa humana, e os direitos de personalidade que todos possuem, á luz destes princípios é que se espera que o legislador, o juiz, o advogado, atuem, na defesa da sociedade.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Tereza Arruda Pinto. Entidade Familiar e Casamento Formal: Aspectos Patrimoniais. In: *Direito de Família*, aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *A união estável no código civil*. Jus Navegandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4580>. Acesso em 20 de Maio de 2010.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARRETO, Vicente. *A nova família e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CARVALHO, Milton Paulo Filho. *Código Civil Comentado*. Editora Manole, 2009.
- CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *A união estável e o novo Código Civil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3083/a-uniao-estavel-e-o-novo-codigo-civil>> Acesso em: 22 de ago. 2010.

- COELHO, Rômulo. *Direito de família*. São Paulo: LEUD - Livraria e Editora. Universitária de Direito Ltda, 1ª ed. 1990.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 2ª ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FRIGINI, Ronaldo. *O concubinato e a nova ordem constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 680, dez. 1992.
- FILHO, Fernando Malheiros. *A união estável e a súmula nº 382/STF*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Fernando_Malheiros_Filho/Uniao%20estavel%20Sumula%20382.pdf> Acesso em 20 de março de 2010.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GOMES, Orlando. *As origens históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. VI.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOZZO, Débora. A escolha de Sofia: Companheiro ou Cônjuge? Discriminação no Direito de Família Brasileiro. *Revista Unifiteo*, nº. 2, 2009.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. vol. 1. Curitiba: Juruá, 1991.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Concubinato frente á nova Cons-

- tituição: hesitações e certezas. In: *Direito de Família*, aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Saraiva. 1998.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 10 abr. 2010.
- MOTT, Luis. *Homo-afetividade e direitos humanos*. Rev. Estud. Fem. [online]. v. 14, n.2,p. 509-521, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2006000200011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 de agosto de 2011.
- OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável: do concubinato ao casamento*. 6ª ed.. São Paulo: Método, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A recepção da família sem casamento no direito brasileiro. *Revista de eventos UEM*, ano II, nº1, 1999.
- SANTIAGO, MARIANA RIBEIRO. Bem de família e União Estável. Disponível em: <www.juspodivm.com.br/.../%7BD377F163-50E3-4E6B-B210-4CD39AD3E25B%7D_015.pdf> -> Acesso em 23 de março de 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil – constitucional das relações familiares*. UFSC, Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/15079/14643>> Acesso em: 20 de maio de 2010.
- VELOSO, ZENO. *Companheira quer usar nome de companheiro*. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/artigocompanheiraquerusarnome.htm>> Acesso em 23 de março de 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2006.

VILLELA, João Baptista. *Alimentos e sucessão entre companheiros*. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 7, 1995.

VISEU, Júnior, Julio César. *O estatuto da relação concubinária*, 1999.

WALD, Arnoldo. *Direito de família. Curso de Direito Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.