

KARLA NINCI GRANDO

CASAR OU NÃO CASAR: EIS A OPÇÃO

Uma análise jurídico-social sobre a possibilidade de equiparação entre
casamento e união estável

**CURITIBA
2002**

KARLA Nanci GRANDO

CASAR OU NÃO CASAR: EIS A OPÇÃO

Uma análise jurídico-social sobre a possibilidade de equiparação entre
casamento e união estável

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito, habilitação em Relações
Sociais, pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Junior

**CURITIBA
2002**

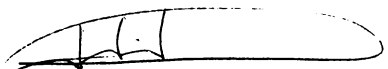
KARLA NANCI GRANDO


CASAR OU NÃO CASAR: EIS A OPÇÃO


Uma análise jurídico-social sobre a possibilidade de equiparação entre casamento e união estável

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito das Relações Sociais, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, pela comissão formada pelos professores:

Orientador


Professor Eroulths Cortiano Junior
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR


Professor Antonio Alves do Prado Filho
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR


Professor Elimar Szaniawski
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Curitiba, 27 de novembro de 2002.

A meus pais, Carlos e Nerci, por terem conseguido transmitir o verdadeiro sentido de uma entidade familiar. A Marina e Rômulo, pelo carinho de sempre.

SUMÁRIO

RESUMO.....	v
I. INTRODUÇÃO.....	01
II. A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO: DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À CONSTITUIÇÃO DE 1988	
2.1. A UNIÃO ESTÁVEL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	04
2.2. A UNIÃO ESTÁVEL APÓS A CARTA MAGNA DE 1988.....	10
2.2.1. Efeitos da constitucionalização do Direito Civil no Direito de Família.....	10
2.2.2. A União Estável no Direito de Família Constitucional.....	13
2.3. A UNIÃO ESTÁVEL EM FACE DAS LEIS N.º 8.971/94 E 9.278/96.....	16
2.3.1. Lei n.º 8.971/94: alimentos e sucessão.....	16
2.3.2. Lei n.º 9.278/96: a regulamentação do § 3º, do art. 226, da Constituição Federal.....	21
III. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO: DELIMITAÇÃO TERMINOLÓGICA	
3.1. PLURALISMO E ENTIDADE FAMILIAR.....	28
3.2. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL.....	34
3.3. UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO.....	42
IV. EFEITOS DA UNIÃO ESTÁVEL	
3.4. OS DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES.....	47
3.4.1. A fidelidade recíproca.....	49
3.4.2. A coabitação.....	52
3.5. A QUESTÃO DOS ALIMENTOS.....	54
3.6. A QUESTÃO SUCESSÓRIA.....	58
V. CONCLUSÃO.....	66
VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

RESUMO

Esta monografia busca comparar as instituições familiares casamento e união estável, estabelecendo em que medida esta última pode ser equiparada à primeira, tendo em vista o disposto no art. 226, § 3º, da Constituição de 1988. Os procedimentos metodológicos utilizados podem ser resumidos em pesquisa bibliográfica, legislação específica, pesquisa jurisprudencial, publicações de artigos e artigos disponíveis na Internet. Passando pelo fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e da repersonalização da família, chega-se ao reconhecimento da pluralidade de entidades familiares pelo texto constitucional. As leis ordinárias que objetivam regulamentar o mencionado dispositivo constitucional, quais sejam, as Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96, apresentam vários defeitos jurídicos e muitas vezes se contradizem entre si. No entanto, reconhece-se seu mérito ao assegurar aos companheiros ou conviventes direitos pessoais e materiais, o que antes era possível apenas de forma limitada e insuficiente, através de obra jurisprudencial. A união estável elevada à categoria de entidade familiar deve ser aquela união pública e contínua entre um homem e uma mulher, cuja relação se caracteriza pela notoriedade, estabilidade e exclusividade, na qual se verifica verdadeira comunhão de vida e de afeto, estando os sujeitos imbuídos do intuito de constituir família. Essa união se diferencia do concubinato impuro, o qual não deve ser considerado para fins da tutela a que se refere o art. 226, da CF/88 e das leis que a seguiram. Perquirir-se-á acerca dos efeitos desse reconhecimento, tais como a atribuição de direitos e deveres aos companheiros, à semelhança dos deveres conjugais. A questão dos alimentos e da sucessão entre os companheiros passa a ser tratada nos mesmos moldes estipulados para o matrimônio, o que gera controvérsias doutrinárias. O novo Código Civil, por sua vez, ao pretender regular a questão da união estável e pôr fim às problemáticas geradas pelas leis anteriores, acaba em alguns momentos criando discriminações não autorizadas pela Constituição, pelo que se discute a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos. A orientação, contudo, deverá ser no sentido de atribuir ao comando inserto no art. 226, § 3º, da CF/88, a efetividade inerente às normas constitucionais, o que implica dizer que toda e qualquer norma que vise diminuir a união estável em relação ao casamento, será inconstitucional. Apesar de serem institutos distintos quanto à forma de constituição e terem peculiaridades próprias, a união estável deve ser reconhecida e respeitada como modo de constituição de família que é, devendo as discriminações não autorizadas serem rechaçadas pelo ordenamento jurídico.

I. INTRODUÇÃO

A dificuldade em se adequar aos ditames da modernidade e das transformações que lhe são peculiares atinge praticamente todos os ramos da ciência, mas é sentida com especial singularidade nas Ciências Jurídicas, tendo em vista que o Direito cuida de regulamentar a vida em sociedade por meio de normas codificadas. Assim, é um desafio constante para os operadores do Direito adequar o conjunto de normas regulamentadoras à realidade atual e as transformações a ela inerentes, especialmente considerada a enorme velocidade com que essas têm ocorrido nesse despontar de milênio.

Essa dificuldade que enfrenta o Direito em acompanhar as transformações que ocorrem freqüentemente na sociedade, faz com que a jurisprudência desempenhe papel fundamental na exegese das leis em vigor, buscando uma aplicação cada vez mais adequada com a finalidade que se busca atingir com as normas, bem como com a realidade social na qual se insere.

Fenômenos como a constitucionalização do Direito Civil e a instituição dos chamados *microssistemas* de regulamentação, são cada vez mais valorizados em nossos dias, uma vez que permitem tornar o Direito um instrumento efetivamente útil à sociedade, cumprindo a sua finalidade com eficiência e justiça.

Não é diferente com o Direito de Família. E é justamente neste contexto de mudanças sociais e de tentativa do Direito e do Estado em acompanhá-las, que se insere o presente estudo.

Ao longo dos anos o casamento formal foi admitido como única forma reconhecida pelo Direito de união digna e legítima entre um homem e uma mulher, capaz de gerar efeitos jurídicos. Tal concepção esteve durante muito tempo ligada a questões de ordem religiosa e econômica, relacionadas principalmente com o capitalismo e a propriedade privada.

A união não matrimonializada, por outro lado, sempre relegada à margem do sistema, não podia mais ser ignorada pelo ordenamento, pois que as conseqüências por ela geradas passaram a exigir uma tutela do Estado.

A postura até então adotada tornou-se insustentável, uma vez que as relações subjetivas entre as pessoas passaram a ser novamente valorizadas pelo

Direito, em detrimento da visão unicamente patrimonialista das relações intersubjetivas.

Dá-se, assim, o fenômeno da *repersonalização* do Direito Civil como um todo, e em especial no Direito de Família, que traz como um de seus corolários o reconhecimento da origem plural da família pela Constituição de 1988.

A união estável, nesse passo, é reconhecida como entidade familiar, e como tal passa a exigir a proteção do Estado, que até então se preocupava apenas em regulamentar a chamada família legítima (matrimonializada, patriarcal e hierárquica).

Antes da Carta de 1988, atribuía-se à união estável, até então chamada “concubinato”, tão somente efeitos patrimoniais, o que era feito através da jurisprudência e algumas normas esparsas. Não se reconhecia, portanto, efeitos pessoais às uniões não oficializadas, que eram tidas no máximo como sociedades de fato, mas jamais como entidades familiares.

É justamente este o ponto que se pretende discutir no presente trabalho: uma vez que a Constituição reconheceu a pluralidade de entidades familiares, ao contrário do que estabelecia o Código Civil de 1916, elevando a união estável à condição de família, como se dará a relação desta com o casamento? Poder-se-á falar em uma hierarquia entre as formas de constituição familiar elencadas pelo texto constitucional? Casamento e união estável passam a ser equivalentes, ou há diferença de tratamento entre eles?

Tentar-se-á, neste passo, encontrar um solução para todas essas questões, e as demais relacionadas ao tema. Devido à própria polêmica do assunto, provavelmente não será uma solução definitiva e acabada, mas ao menos procurar-se-á apontar uma luz, um caminho a ser seguido quando tantas questões, envolvendo a parte mais delicada do Direito e do ser humano, que são os sentimentos relacionados à família, ao amor, aos filhos, aparecem nas mãos dos operadores do Direito, exigindo uma solução justa e digna.

O primeiro passo será traçar uma panorama histórico, situando no tempo e no espaço o casamento, o concubinato e a união estável, ressaltando suas semelhanças e diferenças, e, principalmente, sua evolução ao longo dos anos.

Após, verificar-se-á como a doutrina e a jurisprudência vêm tratando do tema, especialmente após o advento da Constituição de 1988, das Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96, e em face do novo Código Civil, a entrar em vigor em janeiro de 2003.

Por fim, procurar-se-á demonstrar que a chamada “crise da família”, motivo de preocupação de grande parte da doutrina, nada mais é do que a crise de um determinado modelo de família, e não do núcleo familiar em sua essência. O reconhecimento de dignidade familiar à união estável pela Constituição não coloca em risco o casamento, tampouco pode ser considerado uma afronta à família. Ao aproximar o texto constitucional da realidade, por meio da tutela das várias formas de constituição familiar, o constituinte nada mais fez do que concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, na exata medida em que, ao proteger cada entidade familiar, está-se protegendo a cada um de seus membros.

A partir do momento em que a pessoa concreta, com seus sentimentos e aspirações, passa a ser novamente o centro do ordenamento jurídico, em detrimento do sujeito abstrato de direito referido no Código de 1916, a família passa a existir para o indivíduo, o que exigirá interpretação mais ampla possível do art. 226 da Carta Magna.

II. A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO: DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1. A UNIÃO ESTÁVEL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Este trabalho tem como finalidade analisar o instituto da união estável em face das inovações trazidas pela Constituição de 1988, bem como questionar a sua relação com o casamento em virtude da sua consagração como entidade familiar, no que tange aos seus efeitos legais.

Para que se possa contextualizar na história o sentido e o alcance do instituto da união estável na atualidade, necessário ter como ponto de partida a historicidade das relações familiares, com ênfase na união estável, visualizada sob a ótica da evolução social. Inserimos, então, o instituto na história, para que possamos resgatá-lo em suas origens e acompanhar a sua evolução na sociedade brasileira desde a época colonial até os dias atuais.

Nesse sentido, necessária a compreensão do instituto à luz do Código Civil de 1916, passando pelas legislações esparsas que foram surgindo no decorrer do século XX, e, finalmente, culminar com a promulgação da Carta Política de 1988, onde será possível avaliar o processo de constitucionalização do Direito Civil (mais especificamente suas conseqüências no Direito de Família) e sua relação com o questionamento que ora se pretende realizar.

Assim, oportuna uma remissão ao Brasil Colonial, vez que foi com base nos valores sociais, econômicos e políticos vigentes àquela época que foi instituído o Código de 1916.

Tem-se no Brasil Colônia uma sociedade resultante do processo de expansão marítima e comercial européia, caracterizada pela convivência de diversas culturas, em especial a européia (portugueses), a indígena e a dos escravos negros. Fundado na miscigenação e na exclusão social, o Brasil Colonial caracterizava-se pela rigorosa solenidade dos ritos e processos; pela formalidade, que se reflete na celebração matrimonial profundamente influenciada pela Igreja Católica; pela forte presença da autoridade judicial e do Estado, que procuravam resguardar os

interesses da burguesia comercial. Havia um modo determinado de produção, com fins preestabelecidos, sob a qual emergia uma família sob o desígnio da desigualdade¹.

O Estado e a Igreja ditavam as regras para o campo público e para a vida privada, sendo presenças constantes na vida familiar colonial, a qual estava intimamente ligada às determinantes econômicas, que podem ser resumidas no regime da propriedade privada (núcleo da estruturação do poder) e no regime monopolista caracterizado pelo poder absoluto dos grandes latifundiários.

A sociedade na qual o Código Civil buscou os valores a serem por ele concretizados era, assim, caracterizada pela enorme distância social entre as classes, e entre o povo e o Estado, separando-se de um lado a oligarquia patriarcal, e, de outro, o campesinato e marginalizados em geral.

E é com base nessas premissas que o Código de 1916 consagra uma família fundamentalmente patriarcal (o homem era o chefe da família), hierarquizada (divisão hierárquica de papéis dentro da família, que levava em conta os interesses econômicos da instituição) e matrimonialista (o matrimônio era a única forma de constituição e legitimação da família). Daí a importância do casamento como forma de constituição, de um lado (o que revela intuito predominantemente patrimonialista da lei, que visava fundamentalmente resguardar a propriedade privada e os grandes latifúndios), e a marginalização das uniões “não legítimas”², de outro.

A prática do casamento entre pessoas de um mesmo *status* econômico assegurava, assim, a manutenção do estatuto social, diante dos valores sociais cada vez mais patrimonialistas e da acentuação das diferenças econômicas. A mulher, nesse contexto, passa a assumir mais intensamente a função de educação dos filhos, como “modeladora do caráter e preservadora das ‘boas tradições’”³.

¹ Nesse sentido os ensinamentos de Roseana Amara Girardi FACHIN, in “Em busca da família no novo milênio”, 2001, p. 20: “A família colonial brasileira reproduz, em boa parte, aquela sociedade: numa sociedade desigual, tende a família a espelhar desigualdades; numa sociedade violenta, as relações familiares podem não destoar desse mesmo traço. E, nessa linha, nas relações coloniais vai se tecendo um arranjo familiar que deixa marcas na história do Direito e da sociedade, em seu tríplice vértice: político, social e econômico”.

² A valorização do matrimônio foi influenciada tanto pela Igreja como pelo Estado, este no ímpeto de resguardar o valor da propriedade no âmbito das classes dominantes. Essa idéia foi muito bem esposada por Roseana A. G. FACHIN, *op. cit.*, p. 36: “A sociedade colonial valorizou o matrimônio, quer na solenização religiosa, quer no convívio da sociabilidade, como uma condição honrada e venerada. Projetava-se também, a relevância do “pertencer à família”, não apenas como exteriorização do patriarcalismo, mas também como expressão de poder, revelada em muitas disputas de família”.

³ Conforme FACHIN, Roseana A. G., *op. cit.*, p.53.

O Código Civil, nesta seara, fechou os olhos à realidade social e consagrou apenas o matrimônio (casamento) como forma de legitimação da família. A união extramatrimonial, que sempre existiu como fato social, foi deixada de fora, não sendo contemplada com o manto da legalidade e da legitimidade.

Isso não quer dizer que o Código proibiu a sua existência, o que seria de impossível aplicação prática, ante o grande número de pessoas que viviam nessa condição, seja por opção seja por necessidade. Ele apenas silenciou sobre o assunto, referindo-se ao concubinato apenas com o intuito de restringir os direitos da concubina ou de reconhecer a união livre como meio de prova para a ação de investigação de paternidade.

Entretanto, apesar de não ser dotada de dignidade jurídica, a união extramatrimonial era uma realidade social, motivo pelo qual freqüentemente problemas a ela correlatos apresentavam-se diante dos Tribunais pátrios, levando aos juízes a tarefa de enfrentar a questão e fornecer soluções.

As relações humanas geram efeitos jurídicos, pelo que a sociedade clamava pelo reconhecimento jurídico do instituto da união extramatrimonial. Não encontrando previsão no Código Civil, o qual não incluiu essas uniões como suscetíveis de proteção no âmbito do Direito de Família, os juízes encontraram solução no Direito Obrigacional, tratando a união extramatrimonial como uma sociedade de fato, desde que presentes os elementos essenciais, quais sejam, o esforço comum (contribuição de cada um), o fim comum (união dos interesses), e a *affectio societatis* (*animus* de constituir a sociedade).

Outra solução apontada pela jurisprudência foi a de atribuir indenização à mulher por serviços prestados após a dissolução do vínculo, o que se fazia com arrimo no Direito do Trabalho. Tal solução, entretanto, foi apontada por muitos como aviltante à dignidade da mulher, a qual, dedicando seus melhores anos ao companheiro, prestando-lhe assistência, amor, carinho e compreensão, via-se indenizada por “serviços prestados”, como se tudo aquilo fosse passível de indenização.

Essas construções jurisprudenciais, embora pareça não serem as mais adequadas para cuidar do tema, devem ser analisadas à luz do ordenamento vigente àquela época, bem como dos valores que norteavam aquela sociedade.

Assim, foi um importante instrumento para a proteção daquelas pessoas que se encontravam diante de situações que exigiam a proteção jurisdicional, entretanto, não estavam abarcadas pela tutela legal estatal. Tal proteção visava sobretudo as mulheres, que após anos de dedicação e vida em comum com seus companheiros, viam-se completamente despojadas de direitos quando da dissolução do vínculo, seja por morte do companheiro, seja por vontade das partes.

A tese construída foi no sentido de evitar o enriquecimento ilícito daquele que constitui patrimônio beneficiando-se dos esforços produzidos pela outra parte. Paulatinamente foi se consolidando o entendimento de que a companheira teria a meação dos bens conseguidos às custas do esforço comum, colocando-se como sócia de fato de seu companheiro. A partilha do patrimônio formado nessas condições seria um corolário do princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Tal proteção, ainda que não totalmente adequada à situação que visava proteger, demonstrava a insuficiência do Código, que não correspondia mais à realidade social. Clamava-se por regulamentação de situações que há tempos manifestavam-se no plano da realidade, mas que não eram consideradas como existentes em termos jurídicos. A essa manifesta inadequação correspondeu uma tentativa da jurisprudência em prestar a tutela jurisdicional também a essas situações, o que diminuía, de certa forma, o abismo que se verificava entre o plano do direito e o plano da realidade que pretendia ser regulamentada por ele.

Assim, partindo-se da premissa de que o Direito visa justamente regular a sociedade dos homens, o que o faz por meio de regras que objetivam regular as situações e relações estabelecidas entre os agentes sociais, e, desta forma, tentar fazer com que a harmonia se estabeleça na sociedade, tem-se que essa função estava sendo cumprida de forma debilitada. Isso porque cumpre ao Direito "transformar" as situações sociais em situações jurídicas, para que então sejam dignas de proteção legal. Ao pretender abarcar todas as situações no Código, e, ao mesmo tempo, deixando de transportar ao mundo jurídico relações importantes e que se verificam no cotidiano das pessoas (o que ocorre devido à própria ideologia patrimonialista que adotou), o Código apresenta falhas, e não é capaz de atender à autosuficiência que ele mesmo pretendeu para si, baseado no sistema eminentemente positivista, liberal e patrimonialista vigente na época.

Ante a insuficiência do Código e à imposição dos fatos, começam a surgir leis esparsas, que passam a tratar de temas nele não previstos, ou alterando regras que não correspondem mais aos anseios da realidade que se apresenta.

Especificamente com o tema em questão, surgem várias leis com esse intuito, dentre as quais podemos citar: o Decreto-Lei n.º 4.737, de 24 de setembro de 1942, dispondo sobre o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento; a Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949, ampliando os casos desse reconhecimento; a Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que possibilitou o reconhecimento até mesmo na vigência do casamento. Especificamente com relação à chamada “companheira honesta”, surgiram leis que procuraram assegurar o reconhecimento de alguns direitos, como se tem notícia da Lei de Acidentes de Trabalho, consubstanciada no Decreto n.º 7.036, de 10 de novembro de 1944, que propiciou a edição da Súmula n.º 35 do STF⁴; a Lei n.º 6.367, de 19 de outubro de 1976; a Lei n.º 5.316, de 14 de setembro de 1967; o Decreto-Lei n.º 4.845, de 23 de abril de 1945⁵; a Lei n.º 2.699, de 17 de junho de 1954; o Decreto n.º 77.077, de 24 de janeiro de 1976 (Consolidação das Leis da Previdência Social) ; a Lei n.º 4.284, de 20 de novembro de 1963, a Lei n.º 4.069, de 11 de junho de 1962; a Lei de Registros Públicos, n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com alterações introduzidas pela Lei n.º 6.216/75⁶; a Lei n.º 4.242, de 1963; a Lei n.º 4.494, de 25 de novembro de 1964; dentre outros diplomas legais.

Vale destacar que essa forma de tutela dispêndida às uniões não formalizadas pelo casamento não implica em detrimento da família matrimonial. Isso porque as uniões que são protegidas se referem justamente àquelas constituídas

⁴ A Súmula n.º 35 do STF tem o seguinte teor: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

⁵ Esse Decreto-Lei concedeu melhor condição à companheira, ao permitir que a posse do estado de casados servisse como evidenciação do matrimônio para fins do seguro social.

⁶ O art. 57 dessa lei dá à companheira o direito de usar o patronímico de seu companheiro, criando, dessa forma, repercussões éticas, sociais e também econômicas. O § 2º desse dispositivo que “a mulher solteira, desquitada ou viúva que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de seu nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos do casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas”.

por pessoas que poderiam casar-se entre si, se assim o desejassem, dentre outros requisitos exigidos pela legislação⁷.

Assim, percebe-se que o Direito, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, protegeu de forma limitada as uniões extramatrimoniais, pois que visava apenas assegurar certos direitos à companhia, mas não reconhecer dita união como modo de constituir família, ou seja, como entidade familiar propriamente dita. Criticável essa posição tomada pelo legislador, que optou por não abarcar a totalidade das situações existentes (por exemplo, o caso de união em que um dos companheiros é separado de fato), ainda vinculado a preconceitos de ordem social (manifesto quando não trata a união fora do matrimônio como entidade familiar) e ao caráter patrimonialista estampado no Código, pelo qual se protege apenas os efeitos patrimoniais da união, não se preocupando com a situação dos seus membros como pessoa, tampouco com o caráter de familiaridade nelas impresso.

Isso tudo será superado com a Constituição de 1988 – o que, diga-se, não era sem tempo –, a qual se preocupa com a repersonalização do instituto, o que será visto mais detalhadamente no tópico seguinte.

Em síntese, o panorama da união estável antes do advento da Carta Política de 1988 era este: (i) não era reconhecida como digna de proteção jurídica pelo Código Civil de 1916, o que se relaciona com as características e valores vigentes na sociedade à época de sua promulgação; (ii) ante os clamores sociais, a jurisprudência contribuiu para o reconhecimento de efeitos jurídicos a essas uniões, mas não porque eram consideradas famílias, mas sim para vedar o enriquecimento ilícito, para o que se lhe atribuía caráter de sociedade de fato, ou ainda, falava-se em indenização por serviços prestados; e, por fim, (iii) algumas leis esparsas também contribuíram com o reconhecimento de certos efeitos jurídicos às uniões instituídas sem o vínculo do casamento, mas ainda de forma limitada.

⁷ “O Código Civil, de 1916, até então vigente, não regulamentou nem proibiu o concubinato, cuidando, no entanto, de preservar o instituto do casamento, sem deixar de codificar as sanções previstas em legislações anteriores. Assim, concedeu à mulher casada o direito de, livremente, reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos à concubina, mesmo sob a aparência de uma compra e venda” (FARDIN, Noemia Alves. *Concubinato: aspectos sóciojurídicos da união estável*, 3ª ed., 1995, p. 98). Embora o Código Civil de 1916 não tenha expressamente proibido a prática do concubinato, nota-se claramente que visou dificultar a situação das pessoas que a ele aderiam, ante o caráter de inferioridade atribuído à união sem

2.2. A UNIÃO ESTÁVEL APÓS A CARTA MAGNA DE 1988.

2.2.1. Efeitos da constitucionalização do Direito Civil no Direito de Família.

Antes de adentrarmos no modo como a união estável foi recepcionada pela Constituição de 1988, cumpre tecermos algumas considerações acerca da nova forma de abordagem do Direito Civil contemporâneo, fenômeno este denominado *constitucionalização do Direito Civil*, cujas conseqüências no âmbito do Direito de Família são importantíssimas.

Diante do novo modo de abordagem que o texto constitucional atual imprime às relações pessoais e jurídicas, elevando à categoria de direito fundamental os valores mais íntegros da pessoa humana, torna-se imprescindível uma análise, ainda que rápida, desse fenômeno, para melhor compreendermos a proteção constitucional dada à família nesse final de século, com a consagração dos valores fundamentais relativos à pessoa humana e, conseqüentemente, sua proteção enquanto membro de uma entidade familiar.

Ante a importância e abrangência deste tema, poderia ser objeto de um trabalho à parte. Por isso, vamos nos limitar a tecer considerações superficiais acerca do fenômeno, apenas para fins de contextualização da matéria.

A constitucionalização do Direito Civil representa um estágio avançado de evolução e superação dos marcos históricos do Estado Moderno, mais especificamente, a codificação burguesa e o constitucionalismo liberal.

O Direito Moderno se caracterizou basicamente por uma grande distância entre a Constituição e os Códigos⁸, sendo que a primeira destinava-se à organização do Estado, limitando a interferência deste na esfera jurídica dos particulares, e os segundos funcionavam como uma moldura para os ideais burgueses. A codificação aspirava a completude, a cristalização da ordem jurídica, a definitividade, tendo como “centro de gravidade” a disciplina legislativa dos direitos patrimoniais, notadamente o direito de propriedade e o da liberdade contratual. No Direito de Família, como não poderia deixar de ser, o regramento familiar e sucessório girava em torno da conservação do patrimônio.

casamento. Essa situação muda radicalmente com o advento da Constituição de 1988, que passa a tratar ambas os institutos como formas de se materializar a entidade familiar.

Entretanto, a partir da segunda metade do século XX, a interferência do Estado na economia passou a ser mais incisiva, passando-se do Estado Liberal para o chamado *Welfare State*. Como corolário tem-se a perda da centralidade do Código Civil e o surgimento da chamada “era dos estatutos”, segundo a qual múltiplos microssistemas regulamentavam de forma específica determinadas matérias, culminando com a aplicação subsidiária do Código Civil. Isso acabava dando margem para uma maior atividade do operador no momento de interpretação e aplicação do Direito, possibilitando ainda a interdisciplinariedade normativa.

Tal processo culminou com a edição do novo Texto Constitucional, no qual houve uma inserção maior de normas de Direito Privado, dando novo sentido para o sistema jurídico civilístico. Da fragmentação produzida pelos microssistemas chegasse a uma centralização dos valores na Constituição Federal, com a conseqüente mudança de perspectiva axiológica entre o Direito Civil codificado e o Direito Civil Constitucionalizado.

A Constituição operou, assim, um reposicionamento da pessoa humana e da sua dignidade no centro dos valores consagrados em seu corpo. Não mais o patrimônio, mas sim o ser humano inspira a *ratio* do ordenamento jurídico⁹. A dignidade da pessoa humana está prevista na Carta Política de 1988 como fundamento da República (art. 1º, inciso III), e como tal deve nortear o tratamento dado pelo Estado às relações sociais intersubjetivas, tanto no momento da elaboração das leis como no de sua aplicação. Ao assim proceder, *a Constituição leva a uma espécie de revitalização dos institutos fundantes do Direito Privado*, conforme leciona Sérgio SELEME¹⁰, “uma vez que dá a eles a estatura dos superiores e seletos princípios e regras constitucionais”.

Como corolário dessa repersonalização no Direito de Família tem-se uma maior preocupação com as situações existenciais, do que com as relações patrimoniais. Daí o reposicionamento da família, que passa a exercer o papel de comunidade afetiva e solidária, destinada ao pleno desenvolvimento da personalidade dos seus membros.

⁸ Percebe-se aí a distinção entre Estado e sociedade civil, donde a nítida separação entre o Direito Público e o Direito Privado.

⁹ Nesse sentido, Sérgio SELEME, *in* *Averiguação Oficiosa da Paternidade: a caminho da implementação do Direito de Família Constitucional no Brasil*, 2000, p. 25.

¹⁰ SELEME, Sérgio. *Op. cit.*, p. 26.

Nessa seara, o Direito Civil Constitucional deve ser compreendido a partir das idéias de supremacia da Constituição e de efetividade das normas constitucionais, donde se extrai que todas as normas de direito civil devem estar informadas pelas normas constitucionais, não sendo possível delas se afastar.¹¹

Diríamos mais: além de não poder a norma civil dispor em contrário ao que estabelece a Constituição, também deve o legislador ordinário editar normas que visem concretizar o que prevê a Constituição.¹² Conforme os ensinamentos de Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK:¹³

Opera-se, pois, em relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo de preocupações do ordenamento jurídico, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana, como instrumento para seu pleno desenvolvimento. A inversão do locus de preocupações deve ocorrer, também, no Direito Civil. Trata-se de consequência necessária diante da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico. Por essa razão, todo o standard normativo infraconstitucional deve se amoldar ao modelo axiológico constitucional.

Na esteira desse raciocínio, todas as normas anteriores (e também posteriores) à Constituição de 1988 devem ser reconsideradas a partir da nova ordem, perdendo, pois, sua validade, se com ela não forem compatíveis. Interessa também aí a aplicabilidade direta das normas constitucionais em relação aos particulares, o que será visto oportunamente.

No âmbito do Direito de Família, sendo este um dos mais sensíveis às mudanças constitucionais, evidencia-se o surgimento de um Direito de Família Constitucional, com fundamentos diversos daqueles contidos no Código Civil, o que vai gerar conflitos e reinterpretações de normas à luz da Constituição.

¹¹ “Via de consequência, deve-se levar em conta, para a solução dos problemas jusprivatísticos, a interpretação e aplicação das normas como parte de um sistematizado ordenamento, do qual despontam como fundamentais os princípios e regras contidos na Constituição.” (*id.*, *ibid.*, p. 28)

¹² Nesse sentido, Eroulths CORTIANO Júnior, (in *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 37) assevera que “não basta que o legislador inferior passe a expedir normas que vão ao encontro da ordem constitucional. É essencial que mesmo as normas ditas inferiores já existentes sejam analisadas, interpretadas e aplicadas de acordo com o preceito constitucional. A Constituição passa a constituir-se como o centro de integração do sistema jurídico de direito privado.”

¹³ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição*. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 4, out/dez 2000, p. 243.

Feito esse breve retrospecto do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, resta saber como a união estável foi recebida pelo novo ordenamento, e como se dará a sua regulamentação a partir de então.

2.2.2. A União Estável no Direito de Família Constitucional.

É nesse contexto que a Constituição de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, o que se encontra expresso em seu art. 226, § 3º, quando diz que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, sendo que, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Mais adiante, nos parágrafos 7º e 8º dispõe, respectivamente, que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal (...)” e que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram (...)”.

Ao instituir o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, a Constituição preocupou-se em reconhecer como digna de proteção a *família*, pois assim se estaria protegendo a pessoa de seus membros. A entidade familiar, independentemente de sua origem, tem assim especial proteção do Estado, pois que ao assim fazer estará o mesmo Estado protegendo a dignidade das pessoas que a integram. Não importa se decorrente de casamento ou não, protege-se a família, como local onde as pessoas desenvolvem a sua personalidade, local onde se realizam as trocas de afeto e de amor entre os sujeitos que a compõe.

Clara a quebra de paradigma com o reconhecimento de dignidade familiar à união estável, vez que antes o Código Civil somente acolhia como entidade familiar aquela originada pelo casamento.

Felizmente os fatos se impuseram, e à Constituição foi designada a tarefa de reconhecer a pluralidade de famílias, ou seja, acabou por reconhecer que não apenas a união matrimonializada gera a família, mas também outros modos de união entre homem e mulher, como a união estável e a família monoparental.

A união estável, assim, passou da realidade apenas fática para a realidade jurídica, como um modo alternativo de constituir família, tal como o casamento. Esses modos, nota-se, não são inferiores e nem superiores entre si, mas

simplesmente alternativos, cabendo a cada um, no exercício do seu direito de liberdade de escolha, determinar qual o mais adequado para sua realidade pessoal.

Da personalidade abstrata, definida e reconhecida no Código Civil como “sujeito de direitos”, passou-se a valorizar a pessoa humana, concreta, com seus sentimentos e suas necessidades, com seus anseios e desejos, agonias e aflições. Não mais aquela visão patrimonialista e conceitualista da pessoa, mas sim uma concepção vinculada à proteção do ser humano em concreto.

A família (e não mais apenas o casamento) passa, nesse toar, a ser protegida constitucionalmente, com o objetivo de possibilitar o pleno desenvolvimento social e pessoal dos seus componentes. Essa intervenção do Estado é permitida justamente devido a essa finalidade, sendo que a sua ingerência nas relações familiares deve ser analisada de acordo com os princípios e as regras de Direito de Família constantes na Constituição.

Essa “família constitucional”, se assim se pode dizer, teve sua concepção modelada ao longo das modificações ocorridas no âmbito da realidade familiar. Dentre esses fenômenos aponta-se: a diminuição do número dos seus componentes, passando-se da grande família para a chamada família nuclear; a urbanização e a massificação econômica, com a conseqüente perda das funções produtivas da família, a qual se transformou numa comunidade de renda e consumo; a inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como o desenvolvimento de métodos contraceptivos (que permitiu à mulher escolher se quer ou não ter filhos, possibilitando o controle da procriação); a prestação pelo Estado de serviços de educação e profissionalizante; além de muitos outros fatores históricos e sociais, que, juntos, colaboraram para no final do século XX se chegasse a uma consideração da família muito diferente daquela que inspirou as preocupações do legislador do Código Civil.

Esse padrão de família protegido pela Constituição caracteriza-se, sobretudo, pela ausência de um modelo único,¹⁴ em que todas as famílias,

¹⁴ Com relação à nova concepção plural não só do Direito de Família, mas que envolve o Direito como um todo, oportuna a reflexão feita por Roseana A. G. FACHIN, *op. cit.*, p. 90: “Não há mais espaço para o monismo jurídico-estatal que deve ser substituído por uma visão plural do Direito e de suas fontes, a partir de um novo paradigma. Mediante um novo modo de ver a sociedade brasileira e o Direito comprometido com o seu tempo e com a sua história, exsurge uma concepção plural e aberta do Direito de uma forma geral, e do Direito de Família em especial, valorizando o afeto e a solidariedade.”

independente de sua origem, têm proteção especial do Estado. Fazendo das palavras de Sérgio SELEME¹⁵ as nossas, tem-se que:

O que está na base das relações familiares, independentemente da sua origem, e que inspira a respectiva normatização, é a transformação da família numa comunidade de afeto e solidariedade. (...) O afeto, assim, tem fundamental importância na realização da pessoa humana, significando fator básico do desenvolvimento da sua personalidade e da sua dignificação. Nessa linha, a família passa a ser uma espécie de 'refúgio' privilegiado da pessoa em relação às agruras do mundo.

Nesse passo, de matrimonializada, hierarquizada e transpessoal, a família passou a ser plural, democrática e eudemonista. Destaca-se, assim, a igualdade entre os cônjuges e a igualdade entre todos os filhos. Além disso, o indivíduo não existe mais para a família, mas sim esta é esta que existe para satisfazer as suas necessidades e as suas aspirações, permitindo assim a realização pessoal e individual de cada um dos seus componentes.

É nesse contexto que a união estável vem recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio, com dignidade constitucional. Sendo a família esse local de troca de afeto e sentimentos entre as pessoas que a compõe, local onde cada um pode realizar-se individualmente, como pessoa; local onde o homem, a mulher e os filhos vivem em comunhão de vida, tem-se que a família exteriorizada pela união estável é digna de proteção enquanto tal. Sendo assim, não há mais qualquer razão para não considerá-la uma entidade familiar, tão só porque não foi formalizada por um registro de casamento.

Nesse sentido, afirma Paulo Luiz Netto LÔBO¹⁶, que “a proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana”. Segue dizendo que “sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas

¹⁵ SELEME, Sérgio. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*, Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 12, p. 46.

pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana”.

A Constituição, portanto, protege a união estável enquanto *locus* onde as pessoas podem realizar-se individualmente, em respeito ao princípio da dignidade humana, consagrado em seu texto como norteador de todo o sistema jurídico. Essa união, portanto, será aquela derivada da convivência de fato entre um homem e uma mulher, os quais, imbuídos do intuito de constituir família, unem-se de forma a vivenciar uma verdadeira comunhão de vida e de afeto, assumida publicamente, como se casados fossem. Não há qualquer imoralidade ou ilicitude nessa espécie de comportamento, como outrora pretendeu se atribuir a essa união, não havendo mais que se diferenciar entre *família legítima* e *ilegítima*, diferenciação esta que cai por terra com a nova Constituição.

Esse novo paradigma se reflete ainda no tratamento designado aos filhos, que não podem mais, a partir da nova ordem, ser diferenciados como legítimos ou ilegítimos, por terem sido concebidos dentro ou fora do casamento. Há simplesmente os *filhos*, os quais, como membros da família, devem ser protegidos enquanto tal, e especialmente enquanto pessoa humana em formação, tendo em vista a consagração constitucional do princípio da dignidade do menor e do melhor interesse da criança e do adolescente. Nessa seara, a consangüinidade perde espaço para a afetividade, sendo esses os laços que se visa proteger.

Assim, em face do reconhecimento da família plural pela Constituição de 1988, a união estável finalmente recebe dignidade constitucional, e passa de mera faticidade histórica à categoria de fato jurídico. Os novos valores insculpidos na Carta Política devem ser o norte para os legisladores e para os aplicadores da lei, na regulamentação e interpretação dessa nova família constitucional.

2.3. A UNIÃO ESTÁVEL EM FACE DAS LEIS N.º 8.971/94 E 9.278/96

2.3.1. Lei n.º 8.971/94: alimentos e sucessão

Com a entrada em vigor do novo Texto Constitucional e a conseqüente valorização da dignidade da pessoa humana, uma série de normas então vigentes

(inclusive vários dispositivos do Código Civil atual) acabaram por perder a sua validade, vez que não eram compatíveis com a nova principiologia adotada.

Caracterizou-se, então, um certo vazio legislativo no que tange à regulamentação das relações familiares. Assim, como antes somente era possível o reconhecimento das relações familiares matrimoniais, necessário foi a edição de textos legais ordinários para a implementação, no plano infraconstitucional, das diretivas constantes da Carta Magna, dentre as quais as atinentes à regulamentação da união estável.¹⁷

Especificamente no âmbito das relações familiares e da regulação da união estável, o primeiro diploma legal que pretendeu dar efetividade às novas regras constitucionais data de 1994, e corresponde à Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro, que contém apenas cinco artigos e tem sido chamada *de Estatuto do Companheirato ou do Concubino*.

Essa lei disciplina o direito aos alimentos e o direito de sucessão no tocante aos companheiros. O advento desse diploma legal gerou muitas discussões e controvérsias no meio doutrinário, especialmente entre os mais conservadores, vez que, ao pretender concretizar a orientação constitucional no sentido de regulamentar a união estável, deixou muitas lacunas com relação à sua eficácia.¹⁸ Ademais, fala-se que esse texto legal teria deixado a companheira em posição privilegiada com relação à esposa, em detrimento da união matrimonializada. No dizer de Rodrigo da Cunha PEREIRA, “instalou-se um medo de desmoronamento da instituição casamento”.

Todavia, com a devida vênia aos autores que comungam dessa opinião¹⁹, entendemos que embora criticável quanto à técnica e ao conteúdo, não teve a Lei

¹⁷ Rodrigo da Cunha PEREIRA, *in Concubinato e União Estável*, 1997, p. 17, sintetiza muito bem essa idéia, ao asseverar que “fato é que o constituinte de 1988 entendeu perfeitamente as mudanças e a evolução dos costumes em relação aos assuntos de família e, especialmente, sobre a convivência *more uxorio*. Pode até não ter traduzido essa evolução da melhor maneira, como muitos argumentam, mas, de qualquer forma temos, neste texto, ricos elementos para o eterno aperfeiçoamento do nosso ordenamento jurídico”.

¹⁸ Nesse sentido, Rodrigo da Cunha PEREIRA, *op. cit.*, p. 66, “Apesar de todas as tentativas de regulamentar este tipo de relação, não há, no Direito brasileiro, um estatuto que discipline ou regule por completo o concubinato. As leis sobre o assunto, sempre deixam muitas lacunas”.

¹⁹ A indignação que assolou um grande número de autores quando do advento da Lei n.º 8.971/94 não é de todo infundada, tendo em vista que interpretações literais do texto conduzem a consequências certamente não desejadas pelo legislador, e, principalmente, pelo constituinte. Em artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, n.º 24/95, p. 386-385, o professor Jorge Laurindo CELIDONIO expressa sua indignação ao mencionar que “(...) se pode dizer que essa lei veio prestigiar mais a concubina do que a mulher legítima e, o que é pior, veio contrariar toda aquela tendência doutrinário-jurisprudencial de não permitir a exploração (veja-se

n.º 8.971/94 o intuito de desprestigiar o casamento, mas tão somente o de regulamentar (ao menos no tocante aos alimentos e sucessão) uma outra forma de entidade familiar, qual seja, a união estável. Ao tentar dar cumprimento à diretiva constitucional nesse sentido, a Lei n.º 8.971/94 de forma alguma *pretendeu* colocar a companheira em posição privilegiada com relação à esposa (embora no que toca aos alimentos aparentemente tenha colocado, como se verá no tópico seguinte). Eventuais controvérsias, advindas principalmente da falta de técnica por parte do legislador ordinário, deverão ser resolvidas quando da sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito²⁰.

Críticas à parte, o fato é que a Lei teve seus méritos, significando um avanço importante para o reconhecimento efetivo da união estável como entidade familiar²¹.

O artigo 1º da mencionada lei refere-se ao *direito de alimentos* do(a) companheiro(a), dispondo que “a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”.²²

Duas observações principais não de ser feitas acerca desse dispositivo, que gerou (e ainda gera) grandes confusões.

A primeira, quanto ao tempo fixado pela norma para que se configure a união estável, qual seja, o de cinco anos, caso não haja prole. De acordo com o texto legal, portanto, somente poderá ser reconhecido o direito a alimentos quando a união superar cinco anos, não menos que isso. Esse lapso temporal foi fixado com vistas à caracterizar efetivamente uma *estabilidade* da relação, para se evitar que relacionamentos esporádicos fossem beneficiados com a tutela legal.

que, para ter “prole” de “companheiro” (?) não será preciso mais do que uma noite... ou apenas algumas horas; e que os alimentos, aqui, não são para a criança!!)”

²⁰ Note-se que mais uma vez a jurisprudência vai exercer papel fundamental na regulação dessas situações. A Lei n.º 8.971/94 deixa muitas lacunas e dúvidas quanto à sua aplicação, pelo que novamente a força dos Tribunais será a grande responsável pelo rumo a ser tomado a partir dessa tentativa de regulamentação da união estável.

²¹ Importa aí fazer uma ressalva, visto que a Lei n.º 8.971/94 não teve como escopo regulamentar o parágrafo 3º, do art. 226, da CF/88, como o teve a Lei n.º 9.278/96, a qual será posteriormente analisada. Entretanto, ao regular o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, deu um importante passo nesse sentido.

Abriu, contudo, uma brecha quando fixou que da união que adviesse prole comum esse prazo não seria observado. Apesar de o legislador não ter feito qualquer ressalva nesse sentido, o melhor entendimento é no sentido de que não é qualquer relacionamento do qual advenha prole que será considerado para fins da Lei n.º 8.971/94, sob pena de restar burlada a finalidade não só da lei como também do texto constitucional. Assim, embora não tenha feito qualquer ressalva, deve-se entender que o direito aos alimentos a que se refere o diploma legal ora analisado deverá corresponder a uma união estável, com intuito de constituir família, sendo que a rigidez do prazo de cinco anos torna-se dispensável em virtude da existência de prole comum. Rodrigo da Cunha PEREIRA²³ faz uma análise muito coerente acerca da estabilidade dessas relações:

(...) em nenhum tipo de constituição de família se pode afirmar ou garantir cem por cento de estabilidade. Ela é sempre relativa. Até mesmo no casamento. Da mesma forma em que é perfeitamente defensável que com cinco anos a união pode não ser estável. Portanto, quando a lei diz "... ou dele tenha prole...", está dizendo que cinco anos não é um prazo rígido, ou seja, que nem sempre é necessário o prazo de cinco anos para a "aquisição de estabilidade". Se houver filhos, pressupõe-se um lapso de tempo menor. (...) Mas basta considerarmos em cada caso suas características, e se aquela relação constituía-se, por exemplo, em um projeto de vida em comum, e aí poderemos ver com clareza que as uniões esporádicas não se enquadram nesse referido artigo.

A segunda observação a ser feita com relação ao artigo 1º da lei n.º 8.971/94 é no que pertine à limitação da situação jurídica das pessoas que podem ser consideradas "companheiros". Veja-se que a lei expressamente aludiu à condição de pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, para poder valer-se do disposto na Lei n.º 5.478/68. Questiona-se: podem as pessoas separadas de fato pleitearem direito a alimentos de acordo com a nova lei?

A omissão do legislador em relação aos separados de fato pode se dever ou à falha técnica ou a resquícios de conservadorismo. Independentemente da origem da omissão, o fato é que o legislador limitou, ao menos em princípio, a incidência da lei aos casos nela expressamente elencados. Mais uma vez a jurisprudência terá de

²² O parágrafo único deste dispositivo menciona que "igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva", ao que parece, sendo em mira a igualdade entre homem e mulher fixada na Constituição de 1988.

²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 113.

manifestar sua força construtiva no sentido de fixar uma interpretação condizente com a realidade e com os princípios constitucionais.

Assim, em que pese algumas resistências verificadas em alguns tribunais, a maioria dos julgados já vinha admitindo o reconhecimento de direitos à concubina (especialmente com relação à indenização por serviços prestados, antes do advento da Lei n.º 8.971/94) mesmo nos casos em que um dos sujeitos estava separado de fato há um certo tempo. Alguns tribunais mantiveram esse entendimento (a nosso ver o mais acertado), mesmo após a promulgação da lei, no sentido de prevalecer a realidade fática. A rigor, contudo, há de se reconhecer que a lei exclui os separados de fato da sua incidência.

Outras problemáticas relacionadas com o art. 1º, da Lei n.º 8.971/94, especialmente no tocante à questão da culpa, da comprovação da necessidade e da durabilidade da prestação, serão abordadas em tópico seguinte, motivo pelo qual nos furtaremos de maiores divagações a respeito.

O art. 2º, por sua vez, trata da *participação sucessória* do companheiro sobrevivente²⁴, no que inovou profundamente o sistema então vigente. Apesar de as críticas não terem sido poupadas também com relação a esse artigo, elas foram, desta vez, menos incisivas.

A inovação consiste em incluir-se o companheiro na ordem da vocação hereditária como herdeiro legítimo, tal como o cônjuge sobrevivente. Serão herdeiros, assim, por força de lei, e não por vontade presumida do *de cuius*, no que estendeu aos companheiros a solução que vinha sendo adotada para o regime do casamento.

Dúvidas (e, conseqüentemente, críticas) surgem quanto à natureza jurídica do usufruto previsto no art. 2º, incisos I e II, ou seja, se seria viual ou legal. Entende-se, contudo, que por se tratar de relações do âmbito do Direito de Família (o que foi reconhecido pela Constituição de 1988 e posteriormente regulamentado

²⁴ Reza o art. 2º, da Lei n.º 8.971/94: “As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.”

pela Lei n.º 9.278/96), o usufruto a que se refere o art. 2º, da Lei n.º 8.971/94 é o *vidual*, não sendo portanto necessário registro em cartório (art. 715, do CC).

2.3.2. Lei n.º 9.278/96: a regulamentação do § 3º, do art. 226, da Constituição Federal

Nem bem tinha sido *digerida* pela doutrina e por alguns Tribunais a Lei n.º 8.971/94, sobreveio ao mundo jurídico a Lei n.º 9.278, de 13.05.96, com origem no Projeto n.º 1.888, de 1991, de autoria da então Deputada Beth Azize, com o objetivo de regular o § 3º, do art. 226, da CF/88, numa tentativa (não muito feliz, segundo grande parte da doutrina) de estabelecer um *Estatuto dos Conviventes*²⁵.

A primeira grande inovação trazida pela Lei n.º 9.278/96 relaciona-se com a determinação da competência da Vara de Família para processar e julgar as causas que versam sobre matéria atinente à união estável. Esse reconhecimento veio apenas confirmar o que já dispunha a Carta de 1988, qual seja, o de que a união estável, como entidade familiar que é, deve ser apreciada pela justiça especializada nessa matéria.

A própria natureza da matéria discutida dispensaria determinação expressa do ordenamento para o fim de fixar a competência da Vara de Família para dirimir essas questões. Contudo, em face da dificuldade em visualizar o instituto realmente como um modo de constituição de família, bem como ante o forte apego ao formalismo jurídico dos nossos tribunais, o fato é que a grande maioria das causas atinentes ao companheirato estavam sendo apreciadas pelos juízes cíveis, pois que se entendia tratar de sociedades de fato, tratamento justificável apenas antes do advento da Carta Magna de 1988, pois que com ela reconheceu-se definitivamente o *status* de família para a união estável.

Apenas alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido por suas decisões inovadoras e pela preocupação com a efetivação da Constituição, reconheciam antes mesmo do advento da Lei n.º 9.278/96, a Vara de Família como competente para apreciar as causas relativas às uniões não matrimonializadas, em perfeita sintonia com o que reza o texto constitucional.

²⁵ No que tange à nova denominação dada pelo legislador de 1996, Rodrigo da Cunha PEREIRA afirma que “não há nenhuma explicação lógica ou fundamentação para tal mudança. Talvez um simples capricho

Não seria, pois, necessário, expressa determinação legal ordinária quando a própria Constituição já tinha definido a união estável como entidade familiar, vez que o juízo especializado, ao menos teoricamente, é o mais adequado para decidir causas que versam sobre o Direito de Família.

Enfim, a controvérsia restou solucionada com o diploma de 1996, que em seu art. 9º dispôs que “toda a matéria relativa à união estável é de competência da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça”.

Seguindo a análise da Lei retro mencionada, o art. 1º define quais as situações enquadram-se no conceito de união estável, ao estabelecer que “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Alguns aspectos merecem destaque.

Na tentativa de conceituar o que seria união estável, a Lei n.º 9.278/96 suprimiu o requisito temporal anteriormente definido na Lei n.º 8.971/94, qual seja, o lapso mínimo de cinco anos, bem como não limitou os sujeitos da relação como o fez a lei anterior. Discute-se, dessa forma, se continuam valendo os aspectos da lei anterior, ou se esta teria sido revogada por aquela no tocante a esses aspectos.

Inicialmente, antes de adentrar a discussão propriamente dita, importa-nos fazer uma ressalva com relação ao âmbito de aplicação dessa lei em relação à Lei 8.971/94.

Entende parte da doutrina que teria ocorrido revogação tácita dos dispositivos da Lei n.º 8.971/94 incompatíveis com a nova lei. Outra parcela da doutrina se posiciona no sentido de que a Lei n.º 9.278/96 teria regulado a matéria de que tratava a outra lei de forma integral, pelo que esta restaria revogada em sua plenitude. Por fim, há quem pense que essas leis tratam de casos diferentes, ou seja, a Lei n.º 8.971/94 cuidaria dos casos de companheirismo, especificados no seu art. 1º, já a Lei n.º 9.278/96 teria abarcado as hipóteses de convivência, ao pretender implementar no plano ordinário o contido no § 3º, do art. 226, da CF/88.

Em que pese o respeito a todas as correntes doutrinárias, entendemos que mais coerente é a tese segundo a qual teria ocorrido a revogação tácita dos

do legislador. Entretanto a determinação e a nomeação dos sujeitos de uma relação concubinária serão aquelas que o costume consagrar, como já vinha acontecendo com a expressão *companheiro*”. (*op. cit.*, p. 79)

dispositivos da Lei n.º 8.971/94 que não são compatíveis com o novel texto legal. É com base nessa premissa que examinaremos o conteúdo da Lei n.º 9.278/96.

Com relação aos sujeitos da união estável, a lei não delimita a sua caracterização, como o fez a lei anterior. Disso se extraem basicamente duas consequências: uma, que os separados de fato podem ser incluídos no “rol dos habilitados” a constituir família via união estável; outra, que apesar de não ter mencionado expressamente, não se pode considerar aí as uniões adulterinas e incestuosas, pois que em respeito aos princípios que regem o nosso ordenamento jurídico (especialmente o da constituição necessariamente monogâmica da família), essas não seriam passíveis de proteção do Estado.

Ainda com relação aos separados de fato, importante ressaltar que boa parte da jurisprudência desde há muito vinha admitindo a configuração da união estável mesmo quando um dos companheiros, apesar de não separado judicialmente de sua(seu) esposa(o) legítima(o), já se encontra dela separado de fato há algum tempo. Tal orientação é a mais condizente com a finalidade do Direito, qual seja, a de proteger e regulamentar a realidade fática que se apresenta, sem prejudicar os valores eleitos como norteadores da sociedade, mais especificamente, o da proteção à família²⁶.

No que pertine ao lapso temporal de cinco anos, omitido pela Lei n.º 9.278/96, novamente a doutrina se divide: parte entende que continua válido o prazo mínimo de cinco anos, pois que não teria sido revogado pela nova lei; e parte acredita não haver mais sentido em se falar nesse prazo mínimo.

Apesar da divergência jurisprudencial sobre o tema, entendemos que embora o prazo de cinco anos não seja imprescindível para a configuração da união estável, deve servir como referencial a fim de se constatar a estabilidade da união. Quer isso significar que uma união é estável não só porque perdurou durante cinco anos, mas sim porque a presença de outros elementos essenciais permitem a verificação daquela estabilidade. Assim, a união estável é aquela na qual há verdadeira comunhão de vida, de amor e de afeto, na qual os companheiros (ou

²⁶ Note-se que ao reconhecer como válida a união entre duas pessoas na qual uma delas (ou as duas) são separadas de fato de antigo cônjuge, não se está a desprestigiar a família, ou ainda o casamento. Isso porque na realidade essa primeira família já não existe mais, ante a extinção dos laços de amor e de afeto que antes a mantinha unida. Por outro lado, imperioso se torna proteger a nova família que se formou, esta sim caracterizada por aqueles laços definidores de uma entidade familiar.

conviventes, como quer a Lei n.º 9.278/96) se unem com vistas à realização e crescimento mútuos, envoltos em um verdadeiro desejo de viver em família. Na esteira desse pensamento, oportuna a lição de Sérgio Gischkow PEREIRA²⁷, ao dizer que:

(...) a toda evidência só o tempo não será suficiente para que se admita caracterizada uma união estável. Pode a união de duas pessoas se estender por dez anos, por exemplo, mas faltarem elementos de prova que convençam de uma intenção de viverem como se fossem casados ou de realidade de viverem como se casados fossem, principalmente se não residirem juntos e não tiverem filhos. Tudo se trata de focar adequadamente, sem extremismos ou radicalismos ou dogmas, os diferentes aspectos que permitem se reconheça uma união estável ou companheirismo ou concubinato, ou seja, o tempo, a vida sob o mesmo teto, a existência de filhos, além de toda uma forma de viver indicativa de estar o casal vivendo como se casado fosse e de desejar que assim continue. Inviável pretender soluções abstratas dogmáticas, pois em muito influem as circunstâncias do caso concreto. O próprio parâmetro do lapso temporal é posto apenas em tese, em abstrato, aprioristicamente, como uma orientação valorativa geral, admitindo, é óbvio, visão diversa das peculiaridades de determinado caso concreto.

Tem-se, portanto, que o prazo de cinco anos deve ser levado em consideração, para fins da configuração da união estável, mais como um parâmetro, uma referência, do que propriamente como um elemento constitutivo absoluto. Ou seja, a estabilidade da união pode e deve ser comprovada mediante análise do caso concreto que se apresenta, tomando-se como base os elementos valorativos da relação, que são aptos a qualificá-la como união estável. Não só o elemento temporal deve ser relativizado, como também os demais. Isso quer dizer que os requisitos apontados na lei não são rígidos e absolutos, mas sim parâmetros qualitativos.

Nesse passo, o simples fato de a união perdurar ou não durante cinco anos não deve ter o condão de constituir ou desqualificar uma relação como união estável, mas sim deve ser analisado em cotejo com os demais elementos valorativos, para que então se possa formular um juízo correto acerca do caso. Entre tais elementos podem ser citados a publicidade e notoriedade da relação, a

²⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Concubinato – União Estável*, artigo publicado na obra “Repensando o Direito de Família: anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família”, Belo Horizonte, 1999, p. 41.

convivência *more uxoria* (como se casados fossem), a continuidade da relação²⁸, e, talvez o principal deles, o intuito de verdadeiramente constituir uma família.

A necessidade de se adotar um parâmetro (*in casu*, o lapso temporal de cinco anos) torna-se necessária inclusive para preservar a finalidade da Constituição, qual seja, a de proteger a *família*, e não meros relacionamentos casuais. Nesse sentido é polêmica a crítica que grande parte da doutrina tece a respeito da margem elástica deixada pela lei ao não restringir as hipóteses em que se verifica a existência da união estável, ao entender que “os excessos que vêm aparecendo nos pedidos levados ao Poder Judiciário, que poderia conduzir a (...) quebra de espontaneidade das relações amorosas”²⁹. Fala-se que a lei, ao deixar grande margem ao intérprete acerca do que configuraria de fato uma união estável, estaria dando azo a uma proliferação de pedidos de alimentos, por exemplo, com base em relacionamentos “relâmpagos”, caso em que se estaria banalizando o conceito de família.

Creemos, entretanto, que não foi essa a intenção do legislador, vez que jamais se poderia admitir que de um encontro casual (ou repetido) entre um homem e uma mulher, sem aquelas conseqüências anteriormente mencionadas, possam resultar direitos para um ou para outro, com base apenas nesse fato específico. Em verdade, as normas visam dar guarida a situações resultantes não de um mero encontro casual, mas de uma relação de fato consensualmente estabelecida pelo casal, a qual deverá ser pública, estável, durável, e preferencialmente sob o mesmo teto³⁰.

Outra polêmica que surgiu no âmbito acadêmico foi no que diz respeito à pretensão do chamado Estatuto dos Conviventes em regulamentar a união estável, o que, para alguns, acaba desvirtuando a própria natureza do instituto, que é justamente a de liberdade na sua constituição, de não ser previamente definida em

²⁸ Quanto à continuidade da relação, há aí novo debate: até quanto tempo uma separação temporária pode descaracterizar uma união como estável?

²⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow, *ibidem*. p. 43. Este autor segue explicando que “essa solução intermediária parece ser constituída pela exigência de um prazo maior para se ter como caracterizada a união estável. Assim começará novamente a proteger quem deve ser protegido e não simplesmente se estará criando um novo casamento, o que não pode ser o escopo do legislador”.

³⁰ Com relação à necessidade da convivência ser sob o mesmo teto também há divergência na doutrina e na jurisprudência. Tal critério, entretanto, deve ser visto nos mesmos moldes do critério temporal, ou seja, de forma relativizada. Portanto, se a convivência se der sob o mesmo teto, será um argumento a mais no momento

um texto legal. Tal corrente doutrinária, que encontra em um de seus expoentes o eminente professor João Baptista VILLELA, acredita que o Estado não deve se intrometer nas relações humanas no plano amoroso e sexual, uma vez que, “se as pessoas optaram por não casar, não pode a lei criar um verdadeiro casamento coativo”³¹.

Leciona o professor João Baptista VILLELA³²:

Relativamente ao concubinato, onde está a melhor atitude: na intervenção ou no *laissez-faire*? (...) O concubinato, na modalidade que a Constituição de 1988 veio a designar por “união estável”, deixou de ser um refúgio obrigatório dos que, mal-sucedidos em uma experiência conjugal, quisessem reencetá-la com outro, para ser uma espécie de *casamento alternativo*. Um casamento para quem não desejasse submeter-se às regras de ordem pública a que está sujeito o matrimônio legal. (...) Pois não é que a chamada *união estável*, até então vista como espécie do gênero união livre, continua sendo união, mas deixou de ser livre? Confiscou-lhe, com efeito, a liberdade com a Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Três décadas atrás teria sido esta medida uma intervenção oportuna. Hoje nasce retrógrada.

(...) A um tempo em que tanto se fala de cidadania e em que a autonomia individual se vê, de alguma forma, redescoberta e tão ampla como justamente exaltada, a Lei n.º 8.971 retira dos domiciliados no País a faculdade de organizarem, a seu modo, a convivência amorosa que pretendam estabelecer. Ou seja, restringe-se, em ponto grave, o poder de autodefinição pessoal e sacrifica-se, pois, os limites da cidadania. Casar-se ou concubinar-se configuram hoje ações tendencialmente equivalentes quando podiam ser formas diferenciadas, entre as quais os interessados pudessem eleger a que melhor correspondesse a seu projeto de vida em comum.

Em que pese o imenso respeito que merece a pessoa e a obra do eminente professor, pedimos vênias para discordar de sua opinião. Com efeito, se por um lado a união estável perde um pouco da sua “espontaneidade” ao ser regulamentada por meio de lei, por outro há de se ter em mente que somente através dela é que determinados direitos podem ser reconhecidos aos seus membros, não se podendo deixar “tudo nas mãos dos Tribunais”, ante a própria insegurança que isso geraria. A ausência de regulamentação legal poderia levar a graves injustiças, como vinha ocorrendo antes do reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição de 1988, apesar do grande empenho de alguns juizes em atenuar essas situações.

da prova da união. Todavia, sua mera ausência não deve ser determinante para descaracterizá-la, sendo fundamental a análise dos demais elementos valorativos.

³¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow, *ibidem*, p. 39.

Tais circunstâncias são ainda mais agravadas quando temos em vista aquelas uniões que não se formalizaram não por vontade das partes, mas sim por impossibilidade prática, como por exemplo, por motivos econômicos. Nesse passo, como reconhecer a validade daquelas uniões estabelecidas em comunidades rurais, onde as pessoas normalmente não são instruídas e possuem baixo grau de escolaridade, senão por meio de um reconhecimento jurídico-legal? Apesar de ser uma tese que goza de algum sentido, temos que ela não é a mais adequada e compatível com a realidade brasileira, especialmente se considerarmos a tradição legalista e formalista do ordenamento pátrio.

Destarte, inobstante todos os defeitos que essas leis³³ possuem, bem como as características impropriedades técnicas e eventuais incompatibilidades entre si, o fato é que esses textos legais de alguma forma significaram um passo a frente no processo de valorização das relações humanas em face do Direito, além de contribuírem para dar efetividade ao comando inserto no art. 226, § 3º, da Lei Maior.

Por fim, resta salientar que o novo Código Civil passou a cuidar da matéria, incluindo no Livro IV o título III – *Da união estável*. Ao disciplinar o instituto da união estável, o novo Código avança e ao mesmo tempo retrocede em alguns aspectos, pois que apesar de regulamentar a questão, percebe-se em vários pontos a resistência em admitir a união estável propriamente como entidade familiar, à semelhança do casamento.

O papel da jurisprudência nesse sentido novamente será fundamental, especialmente no tocante à interpretação, adequação e aplicação dessas normas, com vistas a dar a máxima efetividade ao mandamento constitucional.

³² VILLELA, João Baptista. *Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei n.º 8.971/94*, artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência n.º 7/95, p. 119-118.

³³ Quais sejam, a Lei n.º 8.971/94 e a 9.278/96.

III. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO: DELIMITAÇÃO TERMINOLÓGICA

3.1. PLURALISMO E ENTIDADE FAMILIAR

Uma das principais questões discutidas no presente estudo relaciona-se com as diversas formas pelas quais se constitui a nova família. Assim, oportuno discorrer rapidamente acerca do reconhecimento da origem plural da família pela Constituição Federal de 1988, bem como suas consequências sociais e jurídicas no âmbito da jurisdicização da união estável.

Note-se que a origem e evolução da família acompanham a própria história e evolução do homem, uma vez que é da essência do ser humano a convivência com os seus semelhantes³⁴.

Caio Mário da Silva PEREIRA³⁵ considera o vocábulo família como plurisemântico, ante a diversidade de conceitos adotados pelos diversos autores, variando ainda conforme a época e o grau de desenvolvimento da sociedade em que é considerada.

Assim, no sentido genérico e biológico a família abrange o conjunto de pessoas que descendem de um tronco comum. Durante muitos séculos a família assim considerada simbolizava um organismo extenso e hierarquizado, retraindo-se, posteriormente, para se limitar aos pais e filhos.

Considerada em sentido estrito, “a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos”³⁶, onde se exerce “a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca”.

³⁴ Nesse sentido, Maria da Graça Moura de Sousa Soromenho PIRES assevera que “Dentre os elementos agregadores da família primitiva, destaca-se o da atração da espécie. O isolacionismo é repellido pela natureza humana. Daí a conclusão lógica de que ‘a família é um fato natural’, na feliz expressão de Vicente de Faria Coelho com a predominância do caráter social sobre o jurídico.” (*in* O concubinato no Direito Brasileiro, ed. Forense, 1998, p. 3)

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. V, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*.

Em razão dos diversos efeitos pretendidos (sucessórios, alimentares, previdenciários, fiscais) o conceito de família ora se amplia, ora se restringe, conforme os ditames do direito positivo, em cada época e país, bem como de acordo com as variações religiosas, morais e costumeiras.

Apesar dessa dificuldade em estabelecer uma definição fixa de família, constata-se hodiernamente uma tendência em se reduzir a entidade familiar àquele agrupamento composto pelos pais e pelos filhos, não necessariamente com origem na relação matrimonial civil, com uma paulatina prevalência aos laços afetivos entre os seus elementos, em detrimento dos meramente biológicos.

Mas, nem sempre foi assim. Historicamente, a família ocidental viveu largo período sob a forma patriarcal, desde as civilizações mediterrâneas. A família romana, organizada sobre o princípio da autoridade do *pater* e abrangendo todos aqueles a ela submetidos, pode ser considerada um padrão no tipo institucional desse organismo no ocidente. Essa família era organizada em função da idéia religiosa, com o culto dos deuses do lar, vivendo a mulher *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital e desprovida de qualquer direito próprio.

A partir do século IV inicia-se no direito Romano a concepção cristã da família, na qual as preocupações de ordem moral predominam, apesar de continuar autocrática.

A família pós romana recebeu a influência do direito germânico, reduzindo-se o grupo familiar aos pais e aos filhos³⁷, substituindo-se à organização autocrática uma orientação democrático-afetiva.

Modernamente, contudo, em face da mudança de paradigmas enfrentada por todos os ramos da ciência, em especial a ciência do Direito, esse modelo sistematizado de entidade familiar não mais condiz com a realidade dos fatos que se apresenta.

³⁷ Note-se que na época do feudalismo, em que se priorizava a proteção da propriedade privada e os grandes latifúndios, o modelo familiar que acabou prevalecendo foi a chamada “grande família”, pois que se amoldava perfeitamente aos ditames sociais da época. Posteriormente, com o desenvolvimento das indústrias e massificação da produção, a grande família não mais se encaixava aos novos padrões que se instalavam, o que exigia uma alteração na sua estrutura. Passou-se, portanto, à família nuclear ou celular, caracterizada por uma diminuição do número de membros, uma vez que a família deixava de ser uma unidade de produção para ser uma unidade de consumo. Essa forma de manifestação da família insere-se nos moldes predeterminados do sistema legalista e positivista vigente no final do século XIX e início do século XX, o qual impunha toda uma sistematização no tocante à regulamentação de sua constituição, continuidade e dissolução.

O centro da família moderna passa a ser a compreensão e o amor, ao invés da autoridade. Nessa seara, o pai exerce o pátrio poder (que passa a ser considerado um pátrio poder dever), sempre no melhor interesse da prole. Evolução especial relaciona-se com a condição da mulher, que passa a dividir com o marido as responsabilidades e as decisões.

Fala-se atualmente na “crise da família”, pois que desaparece a organização patriarcal, o grupo familiar se reduz numericamente, a mulher exerce atividades fora do lar. A coesão familiar necessariamente diminui, ocasionada por uma profunda alteração na família, ainda não se podendo definir os seus contornos precisos, até mesmo em virtude do conflito de aspirações que nela se instalou³⁸.

O que se percebe, todavia, é que aqueles modelos clássicos de entidade familiar não encontram mais espaço na atualidade, tendo em vista as grandes mudanças por que tem passado as relações humanas – e, conseqüentemente, a família –, nesse virar de século. Com efeito, este é um dos institutos que mais sensivelmente é atingido pelas mudanças que ocorrem na esfera econômica, política, tecnológica, moral, religiosa e social.

O processo de massificação das relações intersubjetivas, aliada a uma enorme velocidade na comunicação e no desenvolvimento tecnológico acaba por refletir no modo como se estrutura a entidade familiar, uma vez que o desenvolvimento da família nada mais é do que um reflexo da evolução do próprio ser humano.

É nesse contexto que a família vai se reestruturar, passando a significar um local de desenvolvimento da personalidade, já que nas relações que se estabelecem fora do âmbito familiar o indivíduo não mais consegue expressar o seu verdadeiro “eu”, observando uma conduta padrão. O ser humano, na atualidade, procura o tempo todo corresponder às expectativas dos demais atores sociais, ainda mais quando se considera a crescente competitividade mundial. Para se sobressair e conquistar o reconhecimento e a projeção social almejadas, o indivíduo deve ter determinados comportamentos que nem sempre correspondem aos seus desejos, a suas convicções mais íntimas.

³⁸ Caio Mário da Silva PEREIRA, ao discorrer sobre a crise da família (*in Instituições*, p. 23), assevera que na verdade o que ocorre é que “um mundo diferente imprime feição moderna à família”, uma vez

Nessa perspectiva, a família passa a funcionar como um local onde os seus membros podem desenvolver suas potencialidades e habilidades como pessoa. É um local de trocas afetivas entre os membros, o que permite uma reestruturação do indivíduo como pessoa humana.

Nesse passo, com a valoração da família como local de relações afetivas entre as pessoas que a compõe, em que prevalece o aspecto afetivo sobre o sociológico, é que o Direito passa a protegê-la não mais como uma instituição em si, mas sim na medida em que a proteção da família vai significar a proteção de cada um de seus membros.

Com base nesse panorama, portanto, temos que a família modelo do Código Civil não mais se enquadra nos novos papéis destinados à entidade familiar e a seus membros, o que pode ser constatado pelo grande número de relações que são estabelecidas à margem do sistema codificado. Fala-se, assim, em *crise da família*, que na verdade deve ser entendida como crise de um determinado modelo de família, e não da família considerada em sua essência.

Michelle PERROT³⁹, ao discorrer acerca da nova concepção de família, assevera que “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas. Toda sociedade procura acondicionar a forma da família a suas necessidades e fala-se em ‘decadência’ freqüentemente para estigmatizar mudanças com as quais não concordamos”. Prossegue a historiadora francesa constatando que a família tal como concebida no século XIX é que está em frangalhos, pois que “na maioria dos países industrializados, casa-se cada vez menos e cada vez mais tarde”. A esse fenômeno acrescenta a pouca durabilidade das uniões matrimoniais, o aumento dos nascimentos extraconjugais, um forte crescimento das famílias “em que pai e mãe são um só”, e, ainda, a participação do filho como indivíduo, e não mais como mero descendente do núcleo.

Discorre a autora sobre as funções exercidas pela família do século XIX, para concluir, brilhantemente, que⁴⁰:

que “como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se a sua nova organização”.

³⁹ PERROT, Michelle, *O nó e o ninho*. In: Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

⁴⁰ PERROT, Michelle. *Op. cit.*, pp. 78-80.

As rupturas a que assistimos hoje são a culminação de um processo de dissociação iniciado há muito tempo. Ele está ligado, em particular, ao desenvolvimento do individualismo moderno no século XIX. Um imenso desejo de felicidade, essa felicidade que o revolucionário Saint-Just considerava uma idéia nova na Europa – ser a gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida – , apoderou-se de cada um. (...)

Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. (...) esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.

Nessa seara o que se verifica é a formação de entidades familiares de origem diversificadas, não mais fundada única e exclusivamente no casamento, como pretendeu o Código Civil. O Direito, dando-se conta dessas modificações, reconhece no texto constitucional a pluralidade de entidades familiares, ao elevar à categoria de entidade familiar a união estável e a comunidade monoparental⁴¹.

Note-se que há uma profunda mudança de paradigmas, pois que o Código Civil, numa pretensão de completude do ordenamento, ao determinar que o casamento constitui a família legítima, reconhece que só há família se constituída pelo laço matrimonial⁴². A partir da Constituição, contudo, passou-se a reconhecer também como entidade familiar a comunhão de vida e de afeto entre um homem e uma mulher não ligados pelo matrimônio.

Essa flexibilização quanto ao modo de constituição da família torna-se necessária, pois que o Direito deve acompanhar a realidade. Sendo a realidade dinâmica e multifacetada, a abstração e o formalismo rigorosos fazem com que muitas vezes a regulamentação e a tutela jurídicas não acompanhem a complexidade dos fatos concretos. A força construtiva desses últimos, assim, faz com que o Direito se abra, para o fim de permitir que a realidade modifique pouco a pouco os modelos sistematizados.

⁴¹ Art. 226, § 4º, da CF/88: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

⁴² Nesse sentido, Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, ao discorrer sobre a abstração característica do sistema civilista em que se insere o nosso CC, aduz que “a família, por conseguinte, não era assim caracterizada em função do afeto ou dos propósitos comuns de seus membros – como seria de se imaginar em uma concepção fundada no ser humano concreto – mas, sim, como o agrupamento de sujeitos unidos pelo matrimônio eficaz e pelos laços consanguíneos de parentesco. O que estivesse para além desse modelo não poderia ser reputado como família perante o Direito Civil Brasileiro.” (*in União Estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações de fato*, artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, vol 7, p. 9)

Foi justamente essa “força impositiva” dos fatos que fez com que o ordenamento positivo absorvesse paulatinamente a noção da família sem casamento como digna de tutela e relevância jurídicas, abandonando a exclusividade do matrimônio como forma de constituição e, conseqüentemente, reconhecendo a pluralidade de entidades familiares. Nesse sentido, Carlos Eduardo Pianovski RUZYK⁴³ leciona que “o modelo exclusivamente matrimonializado que, sob as vestes da pretensa completude do sistema, afastava essa modalidade de relações do mundo jurídico, foi cedendo espaço a uma concepção plural de família”.

Note-se ainda que o reconhecimento pelo ordenamento jurídico da origem plural da família teve como contribuição a aceitação social do fenômeno. Quer isso significar que a sociedade, de um modo geral, não mais concebe a união extramatrimonial com o sentido negativo e pejorativo de outrora, o que pode ser visto como uma conseqüência da modificação e flexibilização dos valores vigentes na atualidade.

Essa aceitação pode ser demonstrada pelo enorme número de uniões não oficializadas, cujos motivos são de ordem variada, podendo-se citar: a impossibilidade de casamento; razões econômicas; a tentativa de convivência antenupcial, para o fim de constatar as afinidades entre os conviventes; a rebeldia aos padrões predeterminados; a facilidade na ruptura; e, ainda, a própria falta de opção, verificada especialmente nos estratos sociais menos elevados.

Essas e outras razões levam as pessoas a constituir família de formas outras que não pelo casamento. E, se antes isso era visto com certo receio pela sociedade e até mesmo com certa vergonha pelos próprios conviventes, hoje isso não mais se verifica⁴⁴. Os membros da união estável sentem-se e são vistos pelos demais componentes da sociedade como se casados fossem, sem qualquer sentimento de inferioridade com relação aos efetivamente casados.

⁴³ RUZYK, Carlos E. P.. *Op. cit.*, p. 10. O autor prossegue, tecendo considerações acerca da insuficiência dos modelos jurídicos para trabalhar com a realidade concreta, o que faz com que o sentido sociológico de família se distancie cada vez mais da moldura jurídica estabelecida.

⁴⁴ A aceitação social a que se refere o texto relaciona-se com a família sem casamento, excluídas as hipóteses do concubinato impuro, como se verá adiante.

A aceitação social da união estável como entidade familiar foi um grande passo para que o Direito a reconhecesse como categoria jurídica⁴⁵, e, deste modo, passou a destinar-lhe especial proteção e tutela.

Essa proteção é ainda conseqüência do reconhecimento constitucional da origem plural da entidade familiar, não mais prevalecendo aquele modelo único de família de outrora, mas sim a chamada “família mosaico”, na qual cada entidade familiar será assim considerada por suas características funcionais, e não pela forma de sua constituição, a qual passa a ser ampla.

3.2. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Para que o estudo da união estável ora proposto seja realizado de modo satisfatório, necessário tecer algumas considerações acerca do *casamento*, que, como assevera Orlando GOMES⁴⁶, “é a legalização de uma união sexual, o ato pelo qual duas pessoas de sexo diferente fundam uma família legítima”⁴⁷.

Para Washington de Barros MONTEIRO⁴⁸, contudo, o casamento é “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.

Caio Mário da Silva PEREIRA⁴⁹, por sua vez, conceitua o casamento como sendo “a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”.

Há, assim, diversas concepções no tocante à definição de casamento, inexistindo uniformidade na sua caracterização. Na concepção romana predominava a idéia de relação jurídica, aliada a uma situação fática de convivência, animada sempre da *affectio maritalis*. O cristianismo elevou o casamento à dignidade de um

⁴⁵ Note-se que não só o Direito reconheceu a união estável como fato destinatário de tutela jurídica, mas o reconheceu como uma categoria jurídica do Direito de Família, pois que é também forma de manifestação de entidade familiar, juntamente com o casamento.

⁴⁶ GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 6ª ed., 1994, p. 44.

⁴⁷ A qualificação de “legítima” citada pelo mestre hoje perde razão de ser, sendo inclusive considerada inconstitucional, nos mesmos moldes do disposto no art. 229, do CC atual, tendo em vista o reconhecimento pela Carta Política de 1988 de outras formas de constituição de família, bem como ante a proibição de discriminação dos filhos em legítimos e ilegítimos.

⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 32ª ed., 2º vol., p. 09.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 30.

sacramento, sendo a união entre o homem e a mulher uma entidade física e espiritual indissolúvel.

No direito brasileiro, o casamento durante muito tempo pôde ser concebido como o ato público e solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente se uniam de forma indissolúvel⁵⁰ e passavam a ser sujeitos de deveres e direitos recíprocos, previamente estipulados na lei. Atualmente, além da relativização da indissolubilidade do vínculo, o casamento passou a ser cada vez mais relacionado com a idéia de uma verdadeira comunhão de vida, envolvendo atos de liberdade e responsabilidade dos seus membros.

Quanto a sua natureza, duas são as principais correntes: a contratualista, que vê no casamento um contrato, ante a indispensável declaração convergente de vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas; e a institucionalista, para a qual o casamento é uma instituição social, vez que reflete uma situação jurídica, cujas regras e quadros se encontram preestabelecidos pelo legislador. Por fim, fala-se no casamento como um negócio jurídico especial, ante a sua importância e peculiaridade em relação aos demais contratos, bem como tendo em vista os valores a ele relacionados, vez que envolve uma verdadeira comunhão de vida.

Independente da natureza, o casamento reveste-se de determinadas características, sendo as principais: a solenidade do ato, para o qual se exigem requisitos formais, um ritual completo, onde se destaca a presença do Estado; a diversidade de sexos entre os nubentes; e a possibilidade de dissolução.

Quanto às finalidades do casamento, são complexas e múltiplas. Caio Mário destaca a procriação (natural, mas não essencial), a comunhão de vida e de interesses, e a satisfação do amor recíproco, que, segundo o eminente autor, “é o fator psíquico da vida em comum e sustentáculo da subsistência do casamento”⁵¹.

Percebe-se, contudo, que na atualidade o casamento passa a ter um valor mais formalizador do que propriamente constitutivo da entidade familiar, visto que deixa de ser a única forma admitida. Nesse sentido, assevera Eduardo de Oliveira LEITE que:

⁵⁰ Note-se que a indissolubilidade do vínculo conjugal passou a ser relativizada com a edição de leis ordinárias, em especial a Lei n.º 6.515/77, instituidora do divórcio.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 39.

O casamento, para o casal atual, não muda nada, nem deve mudar, porque nada mais é do que uma formalidade administrativa, exterior à realidade do casal. Se, para as gerações anteriores, esta formalidade tinha o condão de garantir a união, hoje, ela não passa de um elemento formal e exterior que não tem o poder de garantir a intensidade, nem tampouco, a duração da união. Esta continua dependendo do valor das intenções.

O casamento, assim, foi considerado durante longo tempo como a forma *oficial* e única de constituição de família, na qual as partes, ao optarem por ingressar na sociedade conjugal, já o fazem de acordo com um regime jurídico previamente estipulado. A lei, portanto, regulamenta o casamento em todos os seus aspectos, fixando os direitos e deveres dos cônjuges, o regime de bens a que estão sujeitos, o modo de dissolução, a questão dos alimentos em caso de separação, a questão da herança na hipótese de sucessão, e assim por diante.

Nesse sentido, Fabrício Zamprogna MATIELO⁵² assevera que:

A instituição denominada casamento assegura conhecimento prévio aos nubentes acerca de direitos e deveres, o que de modo indiscutível leva segurança a ambos, que sabem exatamente das conseqüências da vinculação e de eventual desfazimento posterior do mesmo. Essa é a vantagem da celebração civil do matrimônio, lastro até o momento não ofertado pelas uniões livres, eis que a legislação engatinha nessa seara e reclama por aperfeiçoamento que confira melhores condições gerais aos envolvidos.

Entretanto, se por um lado o casamento leva teoricamente a uma maior segurança aos nubentes, por outro não há como se desprezar as uniões entre as pessoas, também motivadas pela afeição, mas formadas à margem do *vínculo oficial*.

Tanto o casamento como a união estável são formas possíveis de que se reveste a chamada entidade familiar, ou seja, são, modos pelo qual se exterioriza a família, considerada esta como o conjunto de relações psíquicas e afetivas entre as pessoas que a compõe.

Se a união estável é entidade familiar, como determinado pela Constituição, não se pode mais tratar a união entre o homem e a mulher, sem o ato civil do

⁵² MATIELO, Fabrício Zamprogna. União Estável – Concubinato: repercussões jurídico-patrimoniais, 3ª ed., 1998, p. 19.

casamento, como sociedade de fato, ou concubinato, eis que não se trata mais de mancebia, amasiamento, mas sim de *entidade familiar*.

Assim, entidade familiar tanto é a que se origina do casamento como a que nasce da união estável, como, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do art. 226 da CF/88. Uma nova feição da família foi introduzida no nosso ordenamento jurídico pela Carta de 1988. Com isto, casamento e união estável devem ser tratados como iguais pelo Estado, padecendo de inconstitucionalidade o tratamento diferenciado das duas situações.

Essa pretensa equiparação entre casamento e união estável não quer significar, como à primeira vista poderia parecer, que ambas as situações devem ter o mesmo tratamento jurídico. Não é isso que se pretende dizer, até mesmo porque são situações diferenciadas, com características próprias e particulares.

O que se pretende é na verdade extirpar as interpretações que colocam a união estável como forma inferior de constituição de família. A nosso ver, essa interpretação é eminentemente inconstitucional, pois que fere toda a sistemática adotada pela Constituição ao reconhecer a pluralidade das entidades familiares e o direito de liberdade dos indivíduos, considerados como pessoas humanas que são, em escolher qual a melhor forma, segundo os seus interesses, de constituição de entidade familiar que irá adotar.

Embora pareça um raciocínio lógico para alguns, o que se verifica na prática é que muitos operadores do direito, talvez por preconceito ou por conservadorismo, têm dificuldade em aceitar a realidade tal como ela se apresenta, qual seja, a de que a união estável é sim um modo de constituição de família, o que foi expressamente previsto pela Constituição de 1988, à semelhança do casamento, que também é uma das formas de constituição.

A melhor interpretação a ser dada à norma constitucional é a de que não há entre o casamento e a união estável diferença de grau, mas tão somente de forma e características. A família constituída pelo casamento não deve mais ser vista como uma família superior ou mais importante que a família constituída por união estável. Trata-se apenas de entidades familiares, constituídas, é verdade, por modos diversos, mas ambas são famílias, e como tais devem ser respeitadas pelo ordenamento.

Assim, se a família constituída pelo casamento não pode ser vista como superior à família exteriorizada pela união estável, porque a Constituição assim o desejou, então não se pode afirmar que o matrimônio em si seja uma forma preferencial de constituição, pois que desse modo estar-se-ia violando o princípio constitucional da liberdade de escolha, assim como o da dignidade da pessoa humana, assegurado a todas as pessoas.

Há ainda de se considerar que a Constituição proibiu expressamente a discriminação dos filhos em legítimos e ilegítimos (art. 226, § 7º), o que implica em dizer que se estes não podem de forma alguma sofrer discriminação, especialmente no tocante à relação que têm com seus pais, ou que estes mantêm entre si. Tampouco será admitido qualquer tipo de diferenciação no tocante à entidade familiar, pois que ao assim se proceder inevitavelmente os filhos serão atingidos.

No mesmo sentido, Fabrício Zamprogna MATIELO⁵³ afirma que “ainda que explícito e inequívoco o teor do dispositivo que ordena sejam todos os filhos, sem distinção de origem, poupados de designativos indicadores desta, a doutrina menos avisada insiste em discriminar não os filhos, mas a família, classificando-as como legítima, ilegítima ou adotiva”.

Argumenta a corrente contrária a nosso entendimento que não se poderia equiparar casamento e união estável, pois a própria Constituição teria expressamente aprovado essa diferenciação, ao mencionar na parte final do § 3º, do art. 226, que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

Fazemos nossas as palavras de Paulo Luiz Netto LÔBO⁵⁴, ao asseverar que:

A interpretação literal e estrita enxerga regra de primazia do casamento, pois seria inútil, se de igualdade se cuidasse. Todavia, o isolamento de expressões contidas em determinada norma constitucional, para extrair o significado, não é a operação hermenêutica mais indicada. Impõe-se a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere.

Com efeito, a norma do § 3º do art. 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional, para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejarem casar-se, se quiserem (...).

⁵³ MATIELO, Fabrício Z.. In “*União estável – Concubinato (...)*”, p. 15.

⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*, artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 12, jan-fev-mar 2002, p.43.

Ora, uma norma, especialmente quando se trata de norma constitucional, deve ser interpretada de forma sistemática e teleológica, buscando sempre a conformidade com a *mens legis*.

Assim, não pode a regra da parte final do dispositivo legal em comento ser interpretada de forma literal. Daí se conclui que o simples fato de o legislador ter orientado a facilitação da conversão da união estável em casamento, não quer significar que tenha colocado o casamento em patamar hierarquicamente superior em relação à união estável.

E isso porque ao mesmo tempo que dispôs acerca de dita facilitação, estabeleceu como princípios norteadores o da liberdade de escolha e o da dignidade da pessoa humana. Ao se interpretar aquele dispositivo literalmente, estar-se-ia a afrontar esses princípios, pois que se estaria desrespeitando a liberdade daquelas pessoas que escolheram – escolha essa garantida e assegurada pela Constituição – esse modo de constituir uma entidade familiar.

As normas da Constituição não podem se contradizer. Assim, quando existem regras insertas no próprio texto constitucional que aparentemente podem ser interpretadas de duas ou mais maneiras, a melhor exegese impõe o caminho que melhor atenda às finalidades da norma e aos princípios e valores instituídos pela Lei Maior como dignos de proteção.

Se a própria Carta Magna institui a liberdade na escolha da entidade familiar a ser adotada, a melhor interpretação será no sentido de que essas formas não podem ser consideradas de forma hierárquica entre si, mas sim como formas diferentes, localizadas em um mesmo patamar, qual seja, o de entidade familiar, e, como tal, digna de proteção especial pelo Estado, pois que constitui a base da sociedade.

A entidade familiar é protegida, como já dito, porque essa proteção visa a cada um dos seus membros, individualmente considerados. Em última análise, ao se estabelecer uma preferência pelo casamento, estar-se-ia estabelecendo uma discriminação entre os membros de uma entidade familiar constituída pelo matrimônio e aqueles pertencentes à chamada união estável.

E isso, como visto anteriormente, é manifestamente inconstitucional, pois além de ferir o princípio da igualdade (os membros de uma família devem ser protegidos enquanto tais, independentemente da sua origem), fere a dignidade de cada uma das pessoas que compõe o núcleo familiar não oriundo do casamento. Nesse sentido, assevera Paulo Luiz Netto LÔBO⁵⁵ que:

Além do princípio da igualdade das entidades familiares, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada. (...) A liberdade do núcleo familiar deve ser entendida como “liberdade do sujeito de constituir a família segundo a própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade”.

Seria contraditório pensar que, se de um lado a Constituição assegura a liberdade de escolha e reconhece a origem plural da família, de outro limita ou condiciona essa mesma liberdade (anteriormente assegurada), para dar preferência ao vínculo matrimonial.

Destarte, se alguma contradição há, essa é meramente aparente, pois que a interpretação do preceito legal retro citado deve ser conforme a Constituição, para que assim possa apontar o melhor caminho a ser seguido.

Não se quer aqui, repita-se, dizer que casamento e união estável são iguais, pois que em verdade não são, como já mencionado. O que se pretende é apenas ressaltar que a união estável é uma das formas de entidade familiar, e como tal deve ser respeitada. Isso implica dizer que o casamento não pode ser considerado forma hierarquicamente superior de constituição, apesar de *aparentemente* a parte final do § 3º, do art. 226, da CF/88, dispor em sentido contrário.

Essa consideração é importantíssima, na medida em que os juristas devem não apenas tolerar o reconhecimento da união estável como entidade familiar, mas sim dar efetividade ao comando constitucional que a dignifica.

O que se percebe, contudo, é que muitos, seja por preconceito, seja por conservadorismo, ainda não se deram conta do grau de alcance possibilitado por

⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, pp. 43 e 44.

essa norma constitucional, o que acaba culminando em decisões potencialmente limitadas, não se atribuindo ao preceito a efetividade que merece.

O intérprete, nesse passo, deverá sempre perquirir o melhor sentido da norma, que será exatamente no intuito de dar à união estável *status* de entidade familiar pura e simplesmente, e não como uma forma secundária ou menos importante que o vínculo matrimonial.

Isso adquire ainda mais importância quando se percebe que às vezes a própria legislação ordinária, seja por falta de técnica legislativa, seja por considerações equivocadas e não condizentes com o texto constitucional, acaba por ferir a igualdade das entidades familiares, no tocante à dignidade familiar de cada uma delas.

Quando isso ocorrer, o intérprete deverá interferir, no sentido de fazer valer a letra da Constituição, buscando dar a máxima efetividade ao comando constitucional.

Nesse passo, as disposições legais que de alguma forma atentarem contra o art. 226, da CF/88, interpretado nos moldes anteriormente expostos, serão sim inconstitucionais.

Nessa perspectiva, três serão os caminhos possíveis: tentar atribuir à norma ordinária uma interpretação tal que possibilite uma coerência com o texto constitucional; simplesmente deixar de aplicar a lei, pois que eivada do vício da inconstitucionalidade; ou, ainda, aplicar a lei, atribuindo-se um sentido limitado aos preceitos constitucionais a ela relacionados.

Fiquemos com a primeira solução, pois que não é dado ao legislador e ao intérprete restringir onde a Constituição assim não o fez. Caso não seja possível uma interpretação condizente com o espírito da Carta Maior, a solução terá de ser a não aplicação da norma, observados os trâmites legais pertinentes, em especial os meios de controle de constitucionalidade das normas, seja o difuso ou o concentrado.

Apesar de isto ainda estar longe de ser concretizado, até pela própria polêmica que envolve o tema na doutrina, vale à consideração numa perspectiva de Direito futuro, até mesmo porque a ciência jurídica está em permanente mutação,

caracterizada pelo constante surgimento de teses, antíteses e, finalmente, sínteses, capazes de aprimorá-la, sempre com vistas à realização da Justiça.

3.3. UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO

Tecidas as considerações acerca da família e do casamento, resta explicitar aspectos essenciais em torno do concubinato, inclusive quanto às modalidades existentes e a sua relação com a união estável.

Isso será importante na medida em que nem todas as formas de concubinato recebem proteção legal, pelo que se deve ter cuidado com a generalização de conceitos, especialmente no que tange aos requisitos e pressupostos fáticos e jurídicos que a união deverá preencher para que possa ser digna da tutela estatal. Não se pode, assim, atribuir a toda e qualquer forma de concubinato a equivalência com a união estável, para fins de aplicação da lei.

Historicamente, a união livre entre homem e mulher sempre existiu e sempre existirá, motivo pelo qual não é possível ignorar a sua existência, pois, além de ser um fato, constitui hoje, uma situação jurídica, que enseja importantes conseqüências no campo do Direito⁵⁶.

Etimologicamente, o termo *concubinato* significa comunidade de leito. Vem do latim, *concubans*, *concubanis*, que quer dizer dorme, se deita com; *cum*, *cubare* (dormir). Note-se que o termo “concubinato” tem uma forte carga negativa, pejorativa, querendo significar uma união à margem da lei. Essa carga negativa recaiu durante muito tempo em especial sobre a mulher, sendo a concubina considerada como a amante, a amásia, a “outra”.

É por isso que cumpre distinguir as diversas situações que envolvem a expressão concubinato, a qual pode ser considerada em dois sentidos principais: o sentido amplo e o sentido estrito.

⁵⁶ De acordo com Arnóldo WALD (*in* O novo Direito de Família, 1999, p. 204) “basicamente três fatores incentivaram o concubinato no Brasil: 1. a incompreensão da Igreja quanto à necessidade da realização do casamento civil, como preliminar indispensável ao casamento religioso, fazendo com que, no interior brasileiro, e mesmo nas cidades, sejam inúmeros os casos de casamento religioso sem efeitos civis; 2. o exagerado formalismo e as despesas para a habilitação do casamento civil, conduzindo a massa operária a preferir a união livre ou concubinato; 3. a proibição de novo casamento ao divorciado”. A esses fatores acrescenta-se que o estado de miserabilidade e a ignorância da grande massa da sua população não justificam outra união que seja a de fato.

Lato sensu, o concubinato pode ser definido como a união entre um homem e uma mulher sem o vínculo do matrimônio⁵⁷. Nesse caso, o laço que une os concubinos é fruto de um acordo de vontades no sentido de se estabelecer uma comunhão de vida, sem que se proceda as solenidades inerentes ao matrimônio.

Ao se referir sobre o concubinato em sentido amplo, Fabrício Z. MATIELO⁵⁸ afirma em sua obra que “toda espécie de concubinato oportuniza, em maior ou menor grau, a convivência das partes, seja ou não sob o mesmo teto, à vista da sociedade ou em ocultação”. Inclui, assim, tanto as hipóteses correspondentes ao concubinato puro como aquelas relativas ao impuro.

Concubinato impuro equivale à união entre o homem e a mulher⁵⁹, que vivem como se casados fossem, mas nesse caso pelo menos um dos concubinos possui impedimento para se casar.

Essa situação, portanto, corresponde às uniões rechaçadas pelo Direito, pois que de alguma forma atentam contra a moral e a ética comuns à sociedade, e, em última análise, contra a própria família. Abrangem, por exemplo, as uniões incestuosas e as adúlteras, sendo que nesta última um dos cônjuges ainda é casado, mantendo simultaneamente duas famílias.

Tais situações, apesar de não tuteladas pelo Direito, produzem às vezes conseqüências jurídicas, especialmente se levarmos em consideração a boa-fé das pessoas envolvidas, bem como em relação aos filhos oriundos desse tipo de relação, os quais, como já visto, devem ser juridicamente protegidos sem qualquer discriminação.

Por outro lado, o concubinato em sentido estrito, também chamado concubinato puro ou qualificado, como preferem alguns autores, corresponde àquelas hipóteses em que as pessoas se unem, com o intuito de constituir uma

⁵⁷ O senso comum aponta para uma vinculação necessariamente existente entre um homem e uma mulher, entretanto, não se pode deixar de questionar se a união homossexual não integraria o chamado concubinato impuro ou em sentido amplo. Note-se que isso não significa afirmar que a união entre pessoas do mesmo sexo configura união estável, esta protegida pelo ordenamento, mas tão somente se questiona se não poderia cuidar de concubinato em sentido amplo, não abrangido este pela definição legal de união estável. Há autores, inclusive (como por exemplo Paulo Luiz Netto LÓBO, em artigo já mencionado), que defendem inclusive ser a união entre pessoas do mesmo sexo uma forma de entidade familiar. Essa questão, contudo, não será por ora aprofundada, pois que foge ao âmbito do presente trabalho.

⁵⁸ MATIELO, Fabrício Z.. *Op. cit.*, p. 23.

⁵⁹ Ressalva-se aí a crítica anteriormente feita acerca da possibilidade de se considerar a união entre pessoas do mesmo sexo como hipótese de concubinato impuro.

família, sem o vínculo matrimonial, mas – e aí reside a diferença essencial entre eles –, sem qualquer impedimento matrimonial.

Ou seja, não se casaram porque assim não o desejaram, mas se quisessem o teriam feito. Exceção apenas com relação à separação judicial e a de fato, que, embora constituam um impedimento matrimonial (art. 203, do Código Civil), não são consideradas um impedimento para a constituição da união estável.

O novo Código Civil⁶⁰, a entrar em vigor a partir de 11-01-2003, faz essa ressalva no § 1º, do seu art. 1.723, corroborando o que a jurisprudência de há muito já vinha admitindo.

Com efeito, o concubinato em sentido estrito, corresponde à definição de união estável dada pela legislação e completada pela jurisprudência, qual seja, aquela união entre um homem e uma mulher prolongada no tempo, com aparência de casamento, na qual os sujeitos da relação encontram-se envolvidos do intuito de verdadeiramente constituir uma família.

Há uma pluralidade de expressões utilizadas para designar essa realidade fática, e agora jurídica. Dentre elas, podemos citar: convivência *more uxorio*, família de fato, família sem casamento e companheirismo.

Para os fins desse estudo, consideraremos a expressão “união estável” para designar a comunhão de vida e de afeto entre um homem e uma mulher, não impedidos de se casar (ressalva no tocante à separação judicial e de fato), que vivam como se casados fossem, de forma pública, notória e durável, com o intuito de constituir família.

O termo “união estável” foi o escolhido, pois que corresponde ao utilizado pela Constituição, em que pese a Lei n.º 8.971/94 ter preferido a expressão “companheirismo”, e a Lei n.º 9.278/96, por sua vez, ter se referido ao vocábulo “convivência”.

Além disso, impende salientar que todas as considerações e reflexões travadas no presente esboço limitam-se à situação ora definida como “união

⁶⁰ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

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

estável”, e não à hipótese de “concubinato impuro” ou “união livre”, a qual não será objeto de análise.

Aliás, os Tribunais, mesmo antes da Carta de 1988, de há muito distinguem a situação dos sujeitos da relação, conforme se trate de um concubinato impuro (união livre), ou de concubinato puro, qualificado, a verdadeira união estável. O próprio STF, no RE 83.930, de que foi relator o Min. Antônio Néder, distinguiu a concubina da companheira, firmando a posição que hoje está consagrada no STJ⁶¹.

Para Arnoldo WALD⁶², “a concubina seria a mulher com quem o cônjuge adúltero tem encontros periódicos fora do lar e a companheira a com quem o varão divorciado, solteiro, ou separado da esposa, mantém convivência *more uxorio*.”

Essa distinção torna-se cada vez mais acentuada, na medida em que a expressão companheira abrange um sentido mais amplo e valorativo que concubina, “traduzindo uma união estável, honesta, duradoura”⁶³. Nessa seara, a inteligência de inúmeros julgados aponta para uma crescente distinção entre companheira e concubina, sendo considerada esta como “a amante, a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, como prática de bigamia e que o homem frequenta simultaneamente ao lar legítimo e constituído segundo as leis”⁶⁴. Aquela, em seu turno, seria “a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que se apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem”.

Embora a distinção apontada pelo acórdão dantes mencionado seja criticável, pois que se limita à hipótese do concubinato adúltero ou desleal, é suficiente para se ter uma noção da posição das Cortes brasileiras acerca do tema. Noemia Alves FARDIN⁶⁵, já citada, aborda a questão dizendo o seguinte:

Alguns estudiosos procuram distinguir as expressões concubina e companheira partindo do pressuposto de que concubinato é, necessariamente, de caráter imoral. Todavia, o que se deve analisar é a origem e os fatores que envolvem a relação extramatrimonial, com um exame detalhado de seus pressupostos caracterizadores. E, o que é mais importante, se deles fazem parte a fidelidade, notoriedade e estabilidade.

⁶¹ A jurisprudência do STF, sintetizando as decisões retiradas das cortes locais, cristalizou entendimento acerca da matéria nas Súmulas 382, 35 e 380.

⁶² WALD, Arnoldo. *Op. cit.*, p. 206.

⁶³ FARDIN, Noemia Alves. *Op. cit.*, p. 65.

⁶⁴ Essa distinção encontra-se no acórdão decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com publicação da Revista dos Tribunais, vol. 409, p. 451, citado por Noemia Alves FARDIN, in *op. cit.*, p. 65.

⁶⁵ FARDIN, Noemia Alves. *Op. cit.*, p. 67.

Como é de se entender, companheira á a designação que se dá a uma mulher unida por longo tempo a um homem, como se fosse sua esposa. É uma expressão simpática que a jurisprudência atribuiu a este ser que, com dignidade não inferior à da esposa legítima, faz parte da sociedade de todos os tempos da história humana.

Destarte, temos que união estável e concubinato não são sinônimos, pois que designam situações diversas. O chamado concubinato impuro, assim, não se encontra abrangido pela proteção legal e, portanto, não será considerado para fins deste estudo, limitando-se este à união estável propriamente dita, compreendida esta em uma perspectiva de comunhão de vida e interesses, presentes todas as características e elementos exaustivamente expostos.

IV. EFEITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

4.1. OS DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES

A partir do momento em que se reconhece a união estável como realidade jurídica, a ela atribuem-se diversos efeitos, sendo que um dos primeiros e talvez mais sensíveis pode ser traduzido na existência de direitos e deveres entre os companheiros, à semelhança do que ocorre no casamento.

No que tange ao vínculo matrimonial, os nubentes, ao optarem pelo casamento, já se inserem, como já dito, em um regime jurídico predeterminado e prefixado em lei. Com relação à união estável, por outro lado, o que se percebe é que esta, atendendo ao formalismo inerente ao ordenamento jurídico brasileiro, do qual ainda não conseguimos nos desvencilhar⁶⁶, acaba também possuindo, na medida do possível, um certo “regime jurídico predeterminado”⁶⁷, especialmente se considerarmos o disposto nas Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96, bem como no novo Código Civil, que nos artigos 1.723 a 1.727 regulamenta a situação da união estável, à semelhança do que fez com o casamento (artigos 1.511 a 1.688)⁶⁸.

Tem-se, portanto, que a união não matrimonializada deixou de ser matéria disponível ao arbítrio das partes, vez que com as Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96 criou-se um novo *status*, tal como no casamento. Cada um será livre para assumi-lo ou não, mas, uma vez assumido, as consequências não estarão mais ao alvedrio dos interessados, senão que resultam diretamente da lei.

⁶⁶ Nesse sentido, oportuna a lição de Carlos Eduardo Pianovski RUYK (*op. cit.*, p. 17), ao salientar que “ao se criar o instituto da união estável e disciplinarem-se as relações – a partir de então, jurídicas – daí decorrentes, não se abandonou a estrutura formal da relação jurídica. O desafio ao operador do Direito é, portanto, fazer com que a leitura do fenômeno jurídico da união estável não se opere na perspectiva da relação abstrata – tão cara à racionalidade que informou o sistema clássico – mas das pessoas concretas que travam essas relações, de tal forma que o modelo possa ser tão-só um instrumento de realização da dignidade humana, e não um fim em si mesmo”.

⁶⁷ Note-se que até algum tempo atrás não se cogitava a hipótese de a união estável possuir um regramento próprio, no qual são estabelecidos os direitos e deveres de seus membros. Deixando de lado a problemática que circunda a matéria, sobre ser ou não esse regramento legal benéfico para o instituto, o fato é que hoje já se pode falar em uma “moldura jurídica” também para a união estável, apesar de ser menos rígida e delimitada como ocorre com o casamento. Assim, ressalvadas as hipóteses em que as partes convencionam de modo diverso (o que é possível para a união estável mas não para o casamento), há um modelo padrão estabelecido pela lei, ao qual se sujeitam aqueles que se encaixarem nos parâmetros nela fixados.

⁶⁸ Já tivemos a oportunidade de questionar a problemática no tocante ao estabelecimento de regras prefixadas para a união estável, ao analisarmos a matéria em consonância com o disposto na Lei n.º 9.278/96.

No tocante aos deveres fixados para os casados, o Código Civil atual dispõe em seu art. 231 que estes correspondem à (i) fidelidade recíproca, (ii) vida em comum, no domicílio conjugal, (iii) mútua assistência, e, ainda, (iv) sustento e guarda dos filhos⁶⁹. O novo Código Civil, por sua vez, mantém os deveres estipulados no diploma anterior e acrescenta um quinto dever, qual seja, o de respeito e consideração mútuos⁷⁰.

No que pertine à união estável, a Lei n.º 9.278/96 menciona os deveres de (i) respeito e consideração mútuos, (ii) assistência moral e material recíproca, e, ainda, (iii) guarda, sustento e educação dos filhos comuns⁷¹. De outra parte, o novo Código Civil manteve basicamente os mesmos deveres da lei de 1996, acrescentando o dever de *lealdade*⁷².

Quanto aos deveres de mútua assistência e de sustento, guarda e educação dos filhos, esses não merecem maiores divagações, pois que estão previstos expressamente tanto para a união estável como para o casamento, além de serem inerentes a toda e qualquer entidade familiar. Ressalva-se apenas que a assistência mútua, em ambos os casos, deve ser compreendida tanto no aspecto material como no moral⁷³, embora o Código Civil antigo e o novo façam referência apenas ao termo *assistência*, deixando de especificar sua natureza.

No que diz respeito aos demais deveres, esses serão analisados individualmente, pois que há certa problemática no tocante à extensão e relativização de seus conceitos, especialmente quando analisados numa perspectiva

⁶⁹ Com relação aos chamados deveres e direitos exclusivos do marido (artigos 233 a 239, CC) e da mulher (artigos 240 a 255, CC), estes não serão por ora abordados, até porque sofrem sensível modificação quando interpretados à luz dos valores elevados pela Constituição como norteadores do sistema jurídico vigente, em especial o da igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º, CF/88).

⁷⁰ Art. 1.566, inciso V, Lei n.º 10.406/2002.

⁷¹ A Lei n.º 9.278/96 dispõe em seu art. 2º: “São direitos e deveres iguais dos conviventes: I – respeito e consideração mútuos; II – assistência moral e material recíproca; III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns.”

⁷² O art. 1.724, da novel Lei Substantiva Civil estabelece que: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

⁷³ Fabricio Z. MATIELO (*op. cit.*, p. 30) assevera que “assistência mútua, portanto, abarca um comportamento voltado para o auxílio ao consorte, seja em termos econômicos ou no que diz com a esfera moral. O socorro a todo instante, mais o estado contínuo de alerta para a pronta intervenção em benefício do parceiro correspondem à expectativa que a sociedade tem daqueles que comungam de ideais semelhantes e projetos de vida. Inexiste união estável se os envolvidos não atendem reciprocamente, dentro do possível e racional, às necessidades basilares materiais e morais, repartindo solidariedade em todo o raio de alcance da relação”.

comparativa entre aqueles fixados para o casamento e para a união estável, respectivamente.

4.1.1. A fidelidade recíproca

Com relação à fidelidade recíproca, esta pode ser compreendida em dois sentidos: *lato sensu*, pode ser considerada como o dever moral e jurídico de respeito mútuo à pessoa de cada um dos cônjuges. A infidelidade, nesse caso, relaciona-se com uma ofensa de índole moral, e não somente física.

Devido à amplitude possibilitada pela expressão “ofensa moral”, discute-se até onde poder-se-ia considerar a conduta amoral de um dos cônjuges como infidelidade, especialmente quando se admite a hipótese do chamado “adultério consentido”, do perdão (tácito ou expresso), ou, ainda, da questão da parcela de culpa do traído na traição.

Stricto sensu, contudo, a infidelidade consiste no fato de um dos cônjuges ter relações sexuais com outra pessoa que não a sua esposa ou esposo, ou seja, fora do casamento. Essa concepção, embora esteja sendo mitigada paulatinamente, é a que ainda prevalece em boa parte da jurisprudência.

Parece-nos, entretanto, que as sensíveis mudanças comportamentais verificadas no período compreendido entre a promulgação do Código Civil até os dias atuais, impõem uma revisão do conceito de fidelidade recíproca.

O ser humano, na sua eterna busca pela felicidade, acaba relativizando muitos valores que outrora eram considerados de forma rígida e única. Nessa seara, o Direito de Família não pode se manter estanque, insensível a essas modificações, pois que tudo o que se relaciona com o comportamento humano influi diretamente na concepção que se tem de família e, conseqüentemente, com o que se espera dela.

A fidelidade hoje, portanto, deve ser vista com outros olhos, ou seja, com um sentido maior e mais amplo que a mera exclusividade de relações sexuais com o parceiro. O “ser traído” abrange situações outras que se relacionam menos com o aspecto físico, e mais com a *moral* de cada um, com o respeito e com a lealdade que necessariamente devem estar presentes na relação familiar. É nesse sentido,

portanto, que o dever da fidelidade recíproca deve ser considerado, para que desta forma possa corresponder à realidade e ao que se espera do Direito⁷⁴.

Com relação a união estável, poder-se-ia argumentar que a fidelidade não foi estipulada como um dever para os companheiros, pois que a lei somente a mencionou para o casamento. Entretanto, não deve ser este o melhor entendimento a respeito, basicamente por duas razões.

A uma, porque apesar de não ter mencionado expressamente a fidelidade recíproca como um dever entre os companheiros, a Lei n.º 9.278/96 falou em “respeito e consideração mútuos”, tendo o Novo Código Civil ido além, ao estipular o dever de “lealdade” entre os companheiros.

Entretanto, como já visto, atualmente os conceitos de fidelidade, lealdade e respeito e consideração mútuos estão muito ligados. Assim, a infidelidade corresponde certamente a um desrespeito com o outro, a uma falta de consideração, especialmente quando tida em perspectiva ampla.

Por outro lado, a característica falta de técnica legislativa dos nossos legisladores faz com que muitas vezes o intérprete tenha de perquirir acerca da *mens legis*, para que então possa fornecer uma interpretação adequada do dispositivo submetido a exame. Nesse caso, a amplitude dos termos lealdade e respeito e consideração deve ser considerada para abranger a questão da fidelidade entre os companheiros, pois que, como já dito, se há respeito entre os companheiros, deve haver conseqüentemente fidelidade.

Resta mencionar, ainda, que a manutenção do dever de fidelidade recíproca pelo novo Código Civil no tocante ao casamento está mais relacionada com uma questão de tradição do que propriamente com uma diferença entre valores. Assim, o fato de ter mencionado em seu art. 1.566 a fidelidade recíproca e o dever de respeito e consideração mútuos, não significa verdadeiramente uma total desvinculação conceitual entre esses deveres, mas sim pode ser traduzida como corolário de resquícios de conservadorismo e formalismo característicos do Código atual⁷⁵.

⁷⁴ O dever da fidelidade recíproca deve, nesse passo, ser considerado se forma ampla, o que não significa excluir do seu conceito a chamada “traição carnal”, uma vez que a manutenção de relação sexual fora do casamento também se consubstancia em uma ofensa moral à pessoa do outro cônjuge.

⁷⁵ O fato de o novo Código Civil ser oriundo de projeto de lei datado de 1975 tem gerado inúmeras críticas da doutrina quanto à sua entrada em vigor. A principal delas é que esse Código já nasceria “velho”, tendo

A segunda razão apontada, em seu turno, justifica o dever de fidelidade para a união estável, até mesmo para aqueles que a consideram em sua concepção restrita. Diz-se, nesse caso, que a exclusividade da relação entre os companheiros (o que implica no dever de fidelidade) pode ser considerada um dos pressupostos de caracterização da união estável. Nesse passo, um dos requisitos para que a união entre o homem e a mulher se submeta à aplicação da legislação pertinente é justamente a fidelidade e lealdade da relação, de modo a caracterizar um verdadeiro compromisso entre os companheiros⁷⁶. Nesse sentido, afirma Fabrício Z. MATIELO⁷⁷ que:

Companheiros desfrutam de plena comunhão de vidas, nisso incluindo-se a exclusiva conjugação com o consorte, ou ao menos a ausência de evidente pluralidade de consórcios. A fidelidade reclama prova, o que se faz essencialmente por testemunhas, não se inferindo apenas como presunção derivada das circunstâncias. (...)

Em se tratando de companheirismo, releva ressaltar a necessidade de que haja exclusividade de relacionamento, rechaçado o gosto pela busca externa e descompromissada da satisfação de instintos libidinosos.

Assim, para que se configure a união estável é essencial que haja exclusividade na relação, sob pena de restarem protegidas uniões amorosas efêmeras, as quais, como já visto, não se confundem com o modo de entidade familiar protegida pelo § 3º, do art. 226, da CF/88⁷⁸.

Quanto à prova da fidelidade, tem-se que, ao contrário do que ocorre para o casamento, para o qual a fidelidade é presumida (admitindo-se prova em contrário no sentido de demonstrar a ocorrência do adultério), no caso da união estável torna-

em vista o grande descompasso entre algumas de suas normas e a própria Constituição Federal de 1988, bem como em relação às leis que a ela se seguiram, buscando dar efetividade aos comandos constitucionais. Parece-nos que todos esses fatos devem ser levados em consideração quando da análise do conceito de fidelidade estipulado pelo novo Código Civil.

⁷⁶ “A fidelidade é um dever não fundado em lei, e sim uma exigência da união honesta, composta de comportamentos específicos inexistentes em disposições legais, mas *a posteriori* equiparadas ao casamento.” (FARDIN, Noemia Alves, *op. cit.*, p. 78)

⁷⁷ MATIELO, Fabrício Z.. *Op. cit.*, p. 27-28.

⁷⁸ Belmiro Pedro WELTER, assevera que: “devem os companheiros cumprir todos os deveres ditados para o casamento, notoriamente o dever de fidelidade, sob pena de não se formar o embrião que dá vida à entidade familiar (...). Não fosse assim, qualquer envolvimento amoroso poderá resultar em união estável, inclusive com a grave consequência de juridicizar todas as relações sexuais”. (*in* “União Estável no Direito Moderno”, artigo publicado na obra “Temas Polêmicos do Direito Moderno”, 1998, p. 61)

se imperiosa a demonstração, por qualquer meio aceito em direito, da fidelidade de um dos companheiros.

Essa diferença com relação à prova, longe de significar uma diminuição da união estável em relação ao casamento, está em conformidade com as peculiaridades inerentes a cada um desses institutos. Assim, sendo a prova do casamento pré-constituída, formalizada por meio de um contrato, o cumprimento dos deveres estipulados são presumidos. De outra parte, sendo a união estável pós-constituída, uma vez que seus elementos constitutivos são verificados ao longo do tempo, à medida em que a união se torna estável, natural que também a fidelidade seja comprovada, como todos os demais elementos valorativos.

4.1.2. A coabitação

No que pertine ao dever a que se refere a norma do inciso II, art. 231, do Código Civil atual, repetida no art. 1.566, inciso II, do novo Código Civil, qual seja, o dever de *coabitação*, corresponde este à vida em comum sob o mesmo teto, ou no domicílio conjugal, como quer a redação do último dispositivo citado.

O dever de coabitação, todavia, embora expressamente estipulado pelo Código Civil atual, e confirmado pelo novo, vem sendo mitigado na prática, o que inclusive vem sendo reconhecido pela jurisprudência. Admite-se, dessa forma, que marido e mulher tenham domicílios diversos em situações excepcionais, como por exemplo, por questões profissionais, econômicas, e até mesmo pessoais.

Vale dizer que o descumprimento desse dever, desde que justificado, não acarreta sanção a qualquer dos cônjuges, motivo pelo qual se impõe a revisão crítica também de mais esse aspecto no que tange aos direitos e deveres matrimoniais.

Novamente o que se percebe são resquícios do sistema antigo, que insistem em permanecer na novel Lei Substantiva Civil, a entrar em vigor em janeiro de 2003.

Tampouco com relação à união estável a coabitação é imprescindível para a sua caracterização. Logicamente, a vida sob o mesmo teto constitui forte indício da existência da comunhão de vida, o que, aliado a outros fatores presentes em cada caso concreto, será capaz de concluir pela sua caracterização.

Por outro lado, a tão só ausência de coabitação não tem o condão de elidir a formação da união estável, entendimento este inclusive sumulado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal⁷⁹.

Não há, desse modo, proibição de que os companheiros tenham domicílios diferentes, o que ocorre, à semelhança do casamento, por razões muitas vezes profissionais, ou por outras que se sobreponham à vontade do casal. Essa visão moderna é a que vem prevalecendo em nossos Tribunais.

Tem-se, portanto, que desde que caracterizada a verdadeira comunhão de vida entre o casal, a coabitação não é absolutamente imprescindível, o que se justifica por razões várias, relacionadas principalmente com as necessidades impostas pela vida moderna. Se a vida comum sob o mesmo teto não é exigível para o casamento, de acordo com a tendência mais atual, tampouco deve ser exigida para a união estável, apesar de a sua presença constituir um forte indicativo da existência daquela união. Fabrício Z. MATIELO⁸⁰ assevera:

A evolução do conceito de concubinato amenizou em muito a anteriormente insubstituível necessidade de convivência na mesma morada. É de ser meditada tal alteração, de vez que o próprio casamento teve, de modo precedente, modificado o entendimento em torno do alcance do dever de coabitação. Operou-se em tão profunda escala a mudança de concepção que modernamente é comum casais legalmente consorciados viverem e constituírem família em tetos separados, sem com isso perderem as características essenciais do matrimônio.

Por fim, resta salientar que em princípio a entidade familiar pressupõe a vida em comum do casal, seja este formado pelo casamento ou pela união estável. Entretanto, por diversas razões, especialmente profissionais, pode ocorrer de ser a coabitação impossibilitada, seja temporariamente ou não, não podendo essa união deixar de ser protegida pelo Direito apenas por esse fato. Há valores maiores a serem observados, que, conforme a análise de cada caso concreto, imporão a necessidade da tutela.

⁷⁹ Dispõe a Súmula n.º 382 que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

⁸⁰ MATIELO, Fabrício Z. *Op. cit.*, p. 32.

4.2. A QUESTÃO DOS ALIMENTOS

No Direito Brasileiro a obrigação alimentar encontra fundamento no parentesco do devedor com o credor, ou decorre do casamento ou união estável, ou ainda, excepcionalmente, por força de ato ilícito. Para Rodrigo da Cunha PEREIRA⁸¹ “o pressuposto da obrigação alimentar assenta-se em um dever ético de assistência e socorro, decorrente do vínculo familiar. É um direito fundamental, essencial à vida”.

O vocábulo *alimentos* não se limita ao suprimento mínimo necessário à sobrevivência física do credor, mas sim deve ser suficiente para propiciar condições de viver com dignidade, incluindo-se a habitação, saúde, educação, vestuário e lazer, além da alimentação.

O montante devido será assim fixado tendo em vista a necessidade de quem postula e a capacidade financeira de quem paga. A doutrina ainda menciona a questão da manutenção do nível de vida do alimentando, desde que, logicamente, condizente com a possibilidade do devedor. Nesse sentido é a lição de Fabrício Z. MATIELO⁸², segundo o qual “não apenas entre cônjuges, mas em todas as hipóteses de viabilidade de demanda alimentar deve-se atentar para o detalhe da manutenção do padrão de vida ostentado pelo credor, eis que, considerada a confrontação dos fatores necessidade x possibilidade, há de ser conservado”.

Por outro lado, há de se ter em mente que a alteração da situação econômica de qualquer das partes deverá refletir na obrigação alimentar, de modo a aumentá-la ou diminuí-la conforme os critérios considerados. Assim, caso o alimentando não mais precise do auxílio, ou passe a depender de valor menor, o montante será suprimido ou reduzido, assim como se o credor tiver aumentada a sua capacidade financeira, e, tendo necessidade o credor, a parcela deverá ser aumentada. Tudo isso, logicamente, deverá ser comprovado pelas partes envolvidas.

No que diz respeito aos cônjuges, o dever de prestar alimentos encontra previsão no art. 231, III, que dispõe acerca do dever de mútua assistência. A Lei n.º 5.478/68, por sua vez, tratou de regulamentar procedimentalmente a questão.

⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 81.

Em relação aos companheiros, antes do advento da Constituição Federal de 1988 não era reconhecida a prestação de alimentos, por ausência de previsão legal. A jurisprudência, contudo, para evitar injustiças em algumas situações, acabou por determinar a indenização por serviços prestados, que, embora criticável, servia como uma camuflagem à prestação de alimentos.

Com o advento da Carta Política de 1988, o entendimento prevalecente continuou sendo o de que não eram devidos alimentos aos concubinos, pois que não havia autorização legal. Alguns julgados, entretanto, em posição inovadora, concediam as prestações mesmo quando a união não se originava do casamento, em interpretação, a nosso ver, mais correta e condizente com a amplitude inerente às normas constitucionais.

Parte da doutrina também se posicionou nesse sentido, considerando o dever de alimentos uma obrigação de caridade e solidariedade familiares, relacionado com o dever ético de assistência resultante do vínculo familiar. Ora, se a Constituição passou a considerar a união estável como entidade familiar, não era necessário norma ordinária autorizar a prestação alimentícia aos conviventes. Isso porque o dever de alimentos se relaciona com o direito fundamental à vida (e à vida *digna*), podendo ainda ser considerado inerente ao vínculo familiar, e, como forma de família que é, a união estável deveria ser tutelada também neste aspecto.

Há ainda de se considerar que toda norma constitucional tem uma eficácia mínima, o que impõe interpretação mais ampla possível ao comando inserto no art. 226, § 3º. Não se pode restringir onde o constituinte assim não o fez, pelo que a possibilidade da prestação de alimentos para a hipótese da união estável deveria desde logo ter sido admitida.

O que ocorre, ao que parece, é que ainda existe preconceito e receio por parte de alguma doutrina e alguns juristas, que resistem em considerar a união estável verdadeiramente como entidade familiar, como pretende a nova concepção de família reconhecida pelo texto constitucional. Rodrigo da Cunha PEREIRA⁸³ informa que “essa é uma eficaz maneira de não aplicar princípios e normas constitucionais, deixando-os como meramente programáticos e conseqüentemente, não-aplicáveis, relegando-os a quase uma função ornamental à Constituição”.

⁸² *Op. cit.*, p. 93.

Enfim, sobreveio ao mundo jurídico a Lei n.º 8.971/94, que estipulou expressamente o dever de alimentos também para os companheiros, pondo fim à discussão anteriormente criada.

O art. 1º do diploma normativo citado estabelece os critérios para a fixação de alimentos, ao dispor que “a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n.º 5.478 de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que comprove a necessidade”.

Quanto à relativização da legitimidade para pleitear alimentos, já tivemos oportunidade de analisá-la. Por outro lado, deverá ser sempre observado o critério da necessidade x possibilidade, considerando a relação de dependência econômica de um e a possibilidade financeira do outro. Assim como ocorre no casamento, não é a simples existência da união estável que justifica o pleito alimentar, devendo ser demonstrada a mencionada relação de dependência econômica entre as partes.

A lei n.º 9.278/96, por sua vez, reforçou a idéia preconizada pelo diploma anterior, estabelecendo, em seu art. 2º, II, o dever da assistência moral e material recíproca, além de no art. 7º fixar expressamente que no caso de dissolução da união estável, a assistência material “será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”.

O critério, assim, continua sendo o da verificação da necessidade de um dos companheiros e a capacidade financeira do outro, vez que a lei deixou de mencionar qualquer outro critério, afastando inclusive a questão da culpa, exigível no caso do casamento.

Inobstante a clareza da lei nesse sentido, a discussão acerca da culpa na fixação dos alimentos é bastante freqüente na doutrina, havendo grande divergência no tocante a esse aspecto.

Parte da doutrina defende a idéia de que a união estável, ao não exigir a culpa para a fixação dos alimentos, como ocorre com o casamento, estaria em posição privilegiada em relação à união matrimonial, o que não seria aceitável. Alguns autores chegaram a afirmar que essas leis levariam ao fim da família, ou

⁸³ *Op. cit.*, p. 85.

ainda, ao fim do casamento. Como seguidor dessa corrente, afirma Sérgio COUTO⁸⁴ que “não é admissível que um Estado, por meio de leis, inadequadas e inconstitucionais, aceite o verdadeiro solapamento do regime do Direito de Família, edificado ao longo dos séculos sob a égide de sólidos e profundos valores da cristandade e da moral pública, a pretexto de proteção à convivência”⁸⁵.

Outra parcela, por sua vez, prefere abandonar a idéia de culpa para a fixação dos alimentos, corrente esta que tem como um de seus expoentes João Baptista VILLELA⁸⁶, segundo o qual “a mais significativa evolução, que se processa hoje no mundo, em matéria de divórcio, é o abandono do princípio de culpa em favor do princípio da deterioração factual”. O mesmo autor segue dizendo que não cabe ao Estado intervir na intimidade do casal para investigar quem é culpado e quem é inocente nesta ou naquela dificuldade supostamente invencível, pois que muitas vezes nem os próprios cônjuges têm “a consciência precisa de onde reside a causa de seu malogro, quase sempre envolta da obscuridade que, em maior ou menor grau, impregna todas as ações humanas”.

Com todo o respeito aos autores que comungam da primeira opinião, parece-nos mais acertada a posição que não vê na ausência de culpa para a fixação dos alimentos com relação à união estável uma afronta à família, mas sim o reconhecimento de uma evolução e de uma tendência mundial, no sentido de se extirpar a culpa do devedor como requisito para a prestação alimentícia.

Tal como ocorre com a relativização do conceito de fidelidade, outrora analisado, também com a questão da culpa para a fixação dos alimentos no casamento deve ser revista, principalmente em uma perspectiva de direito a construir.

O princípio da culpa vem inclusive sendo mitigado pelos Tribunais, os quais, tendo em vista o princípio da isonomia conjugal, aliado às mudanças ocorridas no que toca à condição feminina neste início de século, exigem a necessidade concreta dos alimentos por parte de quem pleiteia (normalmente a mulher, cuja dependência em relação ao homem não é mais presumida), bem como a impossibilidade de obtê-

⁸⁴ COUTO, Sérgio. *Afronta à família*, artigo publicado na Revista Síntese, fevereiro/2002, p. 26.

⁸⁵ Fazem parte dessa corrente doutrinária os ilustres *Yussef Said Cahali* e *Francisco José Cahali*, citados por Sérgio Gischkow PEREIRA, in *Concubinato – União Estável*, artigo publicado nos Anais do I Congresso de Direito de Família, Belo Horizonte, 1999.

⁸⁶ Citado por Rodrigo da Cunha PEREIRA, *op. cit.*, p. 91.

los por conta própria. Reconhece-se que hoje não mais se justifica a concessão de alimentos à mulher tão somente porque se manteve casada por algum tempo, ou ainda, porque não foi a responsável pelo fim da sociedade conjugal, sendo imprescindível a comprovação do binômio necessidade x possibilidade.

Ante a própria dificuldade em se determinar um único culpado para o fim de uma relação conjugal, pois que esta, como relação humana que é, caracteriza-se pela complexidade dos motivos determinantes, é que a tendência mais moderna do Direito é no sentido de se abandonar a teoria da culpa para a fixação dos alimentos.

Para o Direito Brasileiro, contudo, ainda vinculado à idéia de culpa para a dissolução dos vínculos conjugais, acabou prevalecendo a orientação de que a responsabilidade alimentar emerge de forma objetiva para aquele que requer o divórcio.

O novo Código Civil, entretanto, parece resolver a questão, ao elidir a exigência da culpa para a fixação dos alimentos também para o casamento, o que corrobora com a tendência mais moderna do Direito Ocidental⁸⁷.

Apesar de manter a necessidade da culpa para a dissolução conjugal (o que reflete um concepção conservadora e inadequada com a realidade moderna), no tocante aos alimentos a nova Lei Substantiva Civil inova ao extirpar a necessidade de culpa para a sua concessão. Vai ainda, além, ao prever que mesmo o cônjuge culpado na dissolução pode pleitear alimentos, limitando-os, nesse caso, àqueles indispensáveis à subsistência do credor⁸⁸.

4.3. A QUESTÃO SUCESSÓRIA

A problemática da sucessão entre os companheiros pode ser traduzida como uma das mais controvertidas da matéria, especialmente em virtude da confusão legislativa acerca do tema.

Antes do advento da Lei n.º 8.971/94, não eram reconhecidos direitos sucessórios aos companheiros, limitando-se a jurisprudência ao tratamento da união estável como sociedade de fato, caso em que era reconhecida a participação do

⁸⁷ O novo Código Civil trata da questão em seus artigos 1.694 a 1.710, havendo uma certa modificação em relação ao tratamento dispendido à matéria pelo Código atual, pois que condiciona a concessão dos alimentos à necessidade de quem os pleiteia e a possibilidade financeira de quem os paga.

companheiro sobrevivente na medida em que comprovasse o esforço comum na aquisição do bem.

O art. 2º daquela lei, contudo, reconheceu expressamente direitos sucessórios aos companheiros⁸⁸, nos mesmos termos do art. 1.611, do Código Civil, que trata da sucessão entre cônjuges.

O art. 3º, por sua vez, estipulou que “quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”, assegurando ao companheiro a condição de meeiro.

A forma de colaboração não foi especificada na lei, podendo ser comprovados modos diversos de cooperação, nos moldes que já vinham sendo admitidos pela jurisprudência. Essa partilha dos bens assemelha-se ao regime da comunhão parcial dos bens definido para o casamento, ressalvando apenas a necessidade de comprovação do esforço comum para o reconhecimento do direito à partilha.

Noemia Alves FARDIN⁹⁰ critica a exigência de comprovação do esforço comum, salientando que “por melhor que tenha sido a intenção do legislador, sua essência repete vícios passados e não utiliza como fonte precisa a jurisprudência mais avançada e os fatos concretos do cotidiano das famílias extramatrimoniais”. De fato, parte da jurisprudência já vinha se manifestando no sentido de desconsiderar dita comprovação, motivo pelo qual a lei estaria eivada de “lacunas e retrocessos”.

Em que pese as críticas ao dispositivo, o fato é que a Lei n.º 8.971/94 teve o intuito de reparar graves injustiças, vez que, a partir do seu art. 2º, basta a caracterização da união estável para que o companheiro sobrevivente se habilite no inventário. Para Rodrigo da Cunha PEREIRA⁹¹ “o art. 1.603 do CCB ficou alterado pelo inciso III do art. 2º da Lei n.º 8.971/94, que coloca o(a) companheiro(a) em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária”. Explica ainda que “a nova classe de

⁸⁸ Art. 1.694, § 2º, da Lei n.º 10.406/2002.

⁸⁹ O art. 2º da Lei n.º 8.971/94 dispõe: “As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cuius*, se não houver filhos deste ou comuns; II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cuius*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.”

⁹⁰ FARDIN, Noemia Alves. *Op. cit.*, p. 134.

sucessores aí criada está na ordem da vocação hereditária como legítimos, e não como necessários”.

Introduziu-se, nesse passo, um novo personagem na ordem de vocação hereditária do art. 1.603, do Código Civil: o companheiro. Antes, o terceiro lugar na mencionada ordem era destinado única e exclusivamente ao cônjuge, abaixo dos descendentes e ascendentes.

A Lei n.º 8.971/94 gerou muitas discussões doutrinárias ao entrar em vigor. Sustentou-se que o mencionado diploma legal colocava os companheiros em posição privilegiada em relação aos casados.

Com efeito, as ressalvas postas no art. 1.611 quanto ao cônjuge, para que seja este titular do usufruto a que se refere aquele preceito normativo, não foram colocadas pela Lei n.º 8.971/94 com relação ao companheiro sobrevivente⁹².

Assim, para que o cônjuge possa gozar do usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, ou da metade, conforme existam descendentes ou ascendentes, é necessário que o regime de bens adotado não seja o de comunhão universal de bens. Argumenta-se, nesse passo, que os companheiros estariam em condição privilegiada em relação aos cônjuges, o que, para boa parte da doutrina, seria inconstitucional.

Além das controvérsias surgidas com a Lei n.º 8.971/94, a Lei n.º 9.278/96, por sua vez, também polemizou a matéria, ao instituir no parágrafo único do seu art. 7º o chamado *direito real de habitação*, dispondo que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

Também nesse caso parcela dos estudiosos insurgiu-se contra o mencionado dispositivo legal, ao argumento de que, ao pretender estender o direito real de habitação ao companheiro supérstite, o legislador ordinário novamente colocou a união estável em situação de privilégio com relação ao casamento, pois que neste caso o(a) viúvo(a) somente terá esse direito se o regime de bens for o da

⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 111.

⁹² Conforme Maria Berenice DIAS, “aqui também foi privilegiado o parceiro da união estável, uma vez que o cônjuge não faz jus ao usufruto se o regime do casamento for o da comunhão de bens, discriminação tachada por Lia Palazo Rodrigues como inconstitucional.” (*in* “O concubinato legal”, artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência – n.º 17/95, p. 275)

comunhão universal. Discute-se que “na união estável, a situação patrimonial se assemelha ao regime da comunhão parcial, e nem por isso o usufruto do companheiro sobrevivente foi excluído”⁹³.

Outra ressalva é no que pertine ao imóvel objeto do direito real de habitação: enquanto que para o casamento o Código exige que o imóvel seja “o único bem desta natureza a inventariar”, para a união estável não há essa exigência. As leis ordinárias, nessa seara, teriam conferido direitos mais amplos aos conviventes do que às pessoas casadas, o que gerou muita discussão entre os operadores jurídicos.

Essas confusões legislativas trazidas com os diplomas de 1994 e 1996 vão exigir do intérprete e, mais uma vez, da jurisprudência, cuidado redobrado nas decisões acerca da matéria. O que se verifica, portanto, é que em alguns momentos essas leis deixam a desejar, refletindo omissões e dizendo menos do que pretendia e exigia o comando constitucional correlato. Por outro lado, em algumas passagens coloca a união estável em posição vantajosa com relação ao casamento, talvez para compensar o tratamento deficitário em outros pontos.

Apesar de ser criticável a posição tomada pelo legislador ordinário, ao dar margem a toda essa confusão legislativa, não se pode deixar de reconhecer o seu mérito, que consiste em tentar propiciar aos companheiros uma condição digna, inerente a toda forma de entidade familiar, mesmo que em alguns momentos, ao dar tratamento semelhante ao destinado para o casamento, tenha cometido alguns equívocos.

Temos que a intenção do legislador deve ser levada em consideração, pois que na verdade pretendeu dar efetividade ao comando inserto no art. 226, § 3º, da Carta de 1988, ainda que o tenha feito de modo falho. Para Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK⁹⁴, essas leis “em consonância com a nova ordem constitucional, buscaram valorizar as relações de afeto e assegurar a proteção aos membros dessa entidade familiar”.

⁹³ VELOSO, Zeno. *Direito de família e a necessidade de alteração no direito sucessório*, artigo publicado na obra *Repensando o Direito de Família - Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, 1999, p 64.

⁹⁴ FACHIN e RUZYK. *Op. cit.*, p. 250.

No intuito de reparar as mazelas causadas pelas leis 8.971/94 e 9.278/96, o novo Código Civil aparentemente vem resolver a questão, ao disciplinar por completo a questão da união estável.

A primeira alteração significativa trazida pelo novo Código diz respeito ao art. 1.845, que inclui o cônjuge como herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e ascendentes, relegando ao companheiro a posição de herdeiro facultativo.

A nosso ver, está aí um retrocesso efetivado pela novel Lei Substantiva Civil, pois que ao assim dispor está pondo por terra todo o avanço conquistado pelas legislações anteriores, e até mesmo pela jurisprudência, no sentido de se atribuir dignidade familiar aos companheiros, que, como membros de entidade familiar que são, tais como os cônjuges, devem ser protegidos enquanto tais.

Ainda, o novo diploma civil deixa de prever o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, o qual resta suprimido, “operando-se um retrocesso inadmissível diante da ordem constitucional”⁹⁵.

Por outro lado, o art. 1.831⁹⁶ prevê o direito real de habitação para o cônjuge supérstite, não fazendo qualquer ressalva quanto ao regime de bens. Ora, ao suprimir o direito real de habitação para os companheiros e instituí-lo para o cônjuge sobrevivente, o novo Código Civil está procedendo discriminação injustificável, não autorizada pela Carta Constitucional. Pelo contrário, pode-se visualizar nessa discriminação flagrante ofensa ao princípio da igualdade e da liberdade de escolha, todos consagrados constitucionalmente. Com efeito

O projeto acaba por suprimir mecanismo legislativo de proteção do convivente supérstite, bem como dos filhos havidos dessa relação, realizando discriminação da união estável e dos conviventes frente aos cônjuges e ao casamento, A igualdade perante a lei resta violada.

Não é possível, *in casu*, argumentar-se que a união estável apresenta peculiaridades em relação ao casamento: o direito real de habitação é instrumento de proteção aos membros da família – que existe, nos termos da Constituição, tanto no casamento quanto na união estável –, assegurando-lhes a moradia, em nada se justificando sua supressão.⁹⁷

⁹⁵ FACHIN e RUZYK. *Op. cit.*, p. 251.

⁹⁶ Reza o art. 1.831 que “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.”

⁹⁷ FACHIN e RUZYK. *Op. cit.*, p. 252.

O que se percebe é que o novo Código, na verdade, não conseguiu se afastar por completo das raízes conservadoras e patrimoniais que envolvem o Código de 1916, o que acaba por refletir sua incompatibilidade com a nova ordem de valores trazidas ao ordenamento pela Constituição de 1988, ao incorrer em discriminação dos conviventes em relação aos cônjuges em vários dispositivos.

Outra distinção estabelecida pelo novo Código relaciona-se com a questão do quinhão hereditário atribuído aos herdeiros. Ao assegurar ao cônjuge sobrevivente quinhão hereditário não inferior à quarta parte da herança (art. 1.832), e, ao mesmo tempo, garantir ao companheiro supérstite a participação na sucessão do outro (art. 1.790), todavia, *sem* a garantia do quinhão mínimo de um quarto dos bens, o novo Código está novamente procedendo discriminação injustificável à luz do novo sistema constitucional.

Essa distinção de tratamento não se justifica porque tanto o patrimônio da união estável como o do casamento é resultado do esforço comum das partes, motivo pelo qual essa norma vai de encontro ao princípio constitucional da igualdade.

Para FACHIN e RUZIK⁹⁸, “essa postura do Código bem reflete a incompatibilidade entre a nova racionalidade consitutucional e aquela presente no projeto, em que se percebem resistências ao instituto da união estável.” Os autores seguem concluindo que:

Para a racionalidade dominante no projeto, a união estável possui indisfarçável caráter secundário – e, até mesmo, negativo – em relação ao casamento. Apresentam-se, portanto, no projeto, quanto ao tema da união estável, retrocesso de direitos decorrentes do texto constitucional, violações ao princípio da igualdade, com tratamento discriminatório a essa entidade familiar, bem como incompatibilidade entre os valores dominantes do texto projetado e a tábua axiológica constitucional. Sob esse aspecto, portanto, o projeto é inconstitucional.

Tem-se, portanto, que o novo Código Civil, apesar de inovar no sentido de incluir a união estável como digna de proteção legal, por outro lado deixa muito a

⁹⁸ FACHIN e RUZYK. *Op. cit.*, p. 253.

desejar, especialmente quando se trata de compatibilizá-lo com o novo texto constitucional.

Isso se deve principalmente ao fato de o projeto ser anterior à própria promulgação da Constituição, o que explica, mas em hipótese alguma justifica, o tratamento muitas vezes discriminatório atribuído a essa nova forma de constituição de família.

Ao pretender pôr fim às controvérsias anteriormente criadas com as leis 8.971/94 e 9.278/96, o novo Código acaba apenas admitindo a união estável e seus efeitos legais, não atribuindo ao art. 226 a amplitude que lhe é inerente.

Ao incluir dispositivos que preterem a união estável em face do casamento, não esconde seu caráter conservador e a visível preferência pelo matrimônio, o que faz com que já nasça em desconformidade com a realidade que pretende regulamentar, e, o que é ainda mais grave, suprime avanços – e direitos – anteriormente conquistados através das leis ordinárias e da jurisprudência.

A dúvida é inevitável: a situação da união estável está melhor ou pior com o novo Código? Talvez não seja ainda o momento de se responder a questão de forma satisfatória, tendo em vista que a jurisprudência exercerá papel determinante na interpretação e aplicação do diploma.

Mas se pode apontar caminhos. Assim, se por um lado o novo Código institui um importante reconhecimento em seu texto, ao incluir a união estável como categoria jurídica digna de proteção, por outro o que se percebe é que o legislador ainda não “digeriu” a união estável realmente como modo de constituir família, visto que em vários preceitos a preferência pelo casamento é patente, relegando-se à família não matrimonializada papel secundário.

É esse modo de visão que se pretende combater, pois que ao legislador e ao intérprete não cabe discriminar onde a Constituição assim não o fez. Ao assim dispor, o novo Código não só está em descompasso com a realidade atual, como também é inconstitucional, na medida em que comete retrocessos inadmissíveis em nosso sistema jurídico.

Se a Carta Magna houve por bem reconhecer a união estável como entidade familiar, é assim que ela deve ser respeitada, em pé de igualdade com o casamento, pois que ambos, enquanto família que são, devem ser tratados sem diferença

hierárquica entre si, sob pena de ofensa aos princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que qualquer discriminação a essas formas de família implicam diretamente em discriminação contra seus membros.

V. CONCLUSÃO

O texto constitucional de 1988, ao imprimir nova abordagem às relações pessoais e jurídicas, opera um reposicionamento do indivíduo e da sua dignidade no centro dos valores consagrados em seu corpo, elevando-os à categoria de direito fundamental. Não mais o patrimônio, mas sim o ser humano inspira a *ratio* do ordenamento jurídico, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana nortear o tratamento dado pelo Estado às relações sociais intersubjetivas, tanto no momento da elaboração das leis como no de sua aplicação.

O fenômeno da repersonalização no Direito leva a um reposicionamento da família, que passa a exercer o papel de comunidade afetiva e solidária, destinada ao pleno desenvolvimento da personalidade dos seus membros.

A entidade familiar, independentemente de sua origem, tem assim especial proteção do Estado, pois que ao assim fazer estará o mesmo Estado protegendo a dignidade das pessoas que a integram. Não importa se decorrente de casamento ou não, protege-se a família, como local onde as pessoas desenvolvem a sua personalidade e realizam as trocas de afeto e de amor.

A união estável, nesse passo, finalmente recebe dignidade constitucional, passando de mera faticidade histórica à categoria de fato jurídico. As Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96, apesar dos graves defeitos jurídicos, traduzem um importante avanço no reconhecimento de efeitos legais à união não matrimonializada, ao definir quem são os sujeitos que se enquadram na hipótese de tutela, bem como ao atribuir direitos e deveres aos companheiros.

A regulamentação será necessária, em que pese opiniões em contrário, vez que somente através da legalização é que determinados direitos poderão ser reconhecidos aos membros da união estável, especialmente quando considerada a realidade econômica brasileira e a tradição formalista e legalista do ordenamento pátrio.

Fala-se, ainda, na “crise da família”, pois que desaparece a organização patriarcal, o grupo familiar se reduz numericamente, a mulher exerce atividades fora do lar. O que se percebe, todavia, é que aqueles modelos clássicos de entidade familiar não encontram mais espaço na atualidade, tendo em vista as grandes

mudanças por que tem passado as relações humanas – e, conseqüentemente, a família –, nesse virar de século.

A família, vai, assim, se reestruturar, passando a significar um local onde os membros podem desenvolver sua personalidade, potencialidades e habilidades como pessoa, por meio de trocas afetivas. É nesse sentido que o Direito passa a protegê-la não mais como uma instituição em si, mas sim na medida em que a sua proteção vai significar a proteção de cada um de seus membros.

É nesse contexto que a entidade familiar será considerada tanto a que se origina do casamento como a que nasce da união estável, como, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do art. 226 da CF/88. Uma nova feição da família foi introduzida no nosso ordenamento jurídico pela Carta de 1988. Com isto, casamento e união estável devem ser tratados como iguais pelo Estado, caindo por terra a distinção entre família legítima e ilegítima.

A equiparação entre casamento e união estável não quer significar, como à primeira vista poderia parecer, que ambas as situações devem ter o mesmo tratamento jurídico. O que se pretende é na verdade extirpar as interpretações que colocam a união estável como forma inferior de constituição de família. A nosso ver, essa interpretação é eminentemente inconstitucional, pois que fere toda a sistemática adotada pela Constituição ao reconhecer a pluralidade das entidades familiares e o direito de liberdade dos indivíduos, considerados como pessoas humanas que são, em escolher qual a melhor forma, segundo os seus interesses, de constituição de entidade familiar que irão adotar.

Tem-se, portanto, que não há entre o casamento e a união estável diferença de grau, mas tão somente de forma. A família constituída pelo casamento não deve mais ser vista como uma família superior ou mais importante que a família constituída por união estável. Trata-se apenas de entidades familiares, constituídas, é verdade, por modos diversos, mas ambas são famílias, e como tais devem ser respeitadas pelo ordenamento.

Ao passo que a Constituição assegurará a liberdade de escolha e reconhece a origem plural da família, não pode condicionar essa mesma liberdade, para dar

preferência ao vínculo matrimonial, apesar de *aparentemente* a parte final do § 3º, do art. 226, da CF/88, dispor em sentido contrário.

O que se percebe, contudo, é que ainda há uma grande resistência em se aceitar a união estável como verdadeira instituição familiar, reduzindo-se, desse modo, o alcance do dispositivo constitucional citado, o que acaba culminando em decisões potencialmente limitadas, não se atribuindo ao preceito a efetividade que merece.

O novo Código Civil é um exemplo do conservadorismo que reflete boa parte dos nossos juristas, pois que em vários aspectos coloca o companheiro em situação inferior e discriminatória em relação ao cônjuge, além de cometer retrocessos inadmissíveis na sistemática jurídica atual.

Novamente, exigir-se-á da jurisprudência atuação relevante, para o fim de se atribuir às normas vigentes – e as que ainda entrarão em vigor –, o verdadeiro sentido que o texto constitucional autoriza, elidindo qualquer interpretação discriminatória no tocante à família e a seus membros. Casar ou não casar finalmente se tornou uma *opção* para as pessoas, que passam a ter liberdade para escolher entre as diversas formas de constituição de grupo familiar, sem qualquer recriminação.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**, 2ª ed., Belém: CEJUP, 1987.

CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da Intimidade**: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Tese de Doutorado. Curitiba Faculdade de Direito da UFPR, 2002.

CORTIANO Jr., Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade**: Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COUTO, Sérgio. **Afronta à Família**. Doutrinas e Comentários. Rio de Janeiro: Síntese, fev/2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

_____. e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição**. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 4. Padua, Out/dez 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001.

FARDIN, Noemia Alves. **Concubinato – Aspectos sociojurídicos da união estável**, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **O novo Direito de Família**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1984.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família** – Origem e evolução do casamento, vol. I. Curitiba: Juruá, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Conferência proferida no III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Ouro Preto: Revista Brasileira de Direito de Família, outubro de 2001.

MATIELO, Fabricio Zamprogna. **União Estável – Concubinato**: repercussões jurídico-patrimoniais, 3ª ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, vol. II, 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no Direito de Família e no Direito dos Companheiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. V, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Concubinato e União Estável**, 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. In: Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

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

RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos. **Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Casamento e Concubinato – efeitos patrimoniais**. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **União Estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações de fato**. Revista Brasileira de Direito de Família.

SELEME, Sérgio. **Averiguação oficiosa da paternidade: a caminho da implementação do Direito de Família Constitucional no Brasil**. Monografia. Curitiba: Faculdade de Direito da UFPR, 2000.

VELOSO, Zeno. **Direito de Família e a necessidade de alteração no direito sucessório**. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Monografia. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

WALD, Arnaldo. **Direito de Família: o novo Direito de Família**, vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. **Temas Polêmicos do Direito Moderno**. Porto Alegre: Síntese, 1998.