

União estável – o fim da união livre

*"Que não seja imortal, posto que é chama
Mas que seja infinito enquanto dure."*

Vinicius de Moraes

Carmen de Fátima Pletsch

*Especialista e Mestranda em
Direito Civil pela UEL.*

Professora Universitária

*Professora de Direito de
Família e Coordenadora do
Curso Jurídico da UNIPAR –
Campus de Toledo - PR*

Advogada.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A necessária distinção entre concubinato puro e impuro. 3. Conceito. 4. Requisitos. 5. A distinção concubina e companheira. 6. Conclusões. 7. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Do concubinato puro a união estável. Com o advento da Constituição Federal de 1988, surge um novo conceito. A jurisprudência e a doutrina passa então a construir o novo instituto. Conceito e requisitos, um instituto em formação. O fim das uniões livres.

ABSTRACT: Of the pure concubinato the stable union. With the coming of the Federal Constitution of 1988, a new concept appears. The jurisprudence and the doctrine starts then to build the new institute. Concept and requirements, an institute in formation. The end of the free unions.

PALAVRAS-CHAVE: concubinato puro, união estável, requisitos, companheira, família

KEY WORDS: pure concubinato, stable union, requirements, companion, family

1 - Introdução

Ao examinar-se o conjunto de normas que compõem o Livro I, da Parte Especial do Código Civil, percebe-se nitidamente a ideologia patriarcal e patrimonialística que permeia todo o sistema concernente ao Direito de Família, herança do Direito Romano.

No Brasil, até o advento da República, o casamento religioso era a única forma de constituição da família. Para os católicos o único casamento válido era o casamento religioso¹, o que explica a influência da Igreja sobre as normas de Direito de Família, em especial àquelas concernentes ao casamento.

O sacramento, segundo a Igreja, constitui-se num ato capaz de comunicar ao homem uma força que se acrescenta à sua vontade, ou capaz de lhe modificar o estado. Ao sacramentar o casamento, a Igreja tinha dois objetivos: primeiro, evitar a concupiscência, pois a afeição sexual possibilitava a procriação, mas também, leva a corrupção, e segundo, buscava tornar o casamento indissolúvel, como todo sacramento².

Pretendia a Igreja, com a sacramentalização do casamento, manipular os sentimentos do homem, através da religiosidade.

A Constituição Federal de 1988 foi corretamente chamada por Ulysses Guimarães de “Constituição Cidadã”, porque traduz o sentimento de um povo, que busca a sua identidade. O Brasil é um país de contrastes, devido à grande miscigenação cultural que entrou na formação de seu povo. Entre tantas dificuldades, deve o Brasil superar a disparidade econômica e social, própria de um país de origem colonial, hoje, nação emergente, que sofre com os reflexos da inevitável globalização.

Mas, enquanto estas situações persistem, sentem-se os reflexos inevitáveis, oriundos dos conflitos desta realidade paradoxal, presentes nas relações interpessoais e no próprio ordenamento jurídico.

¹ *Arnoldo Wald. Direito de Família, p. 50.*

² *San Tiago Dantas. Direito de Família e Sucessões, p. 44.*

Dentro desse quadro, a Constituição de 1988 tomou como centro a pessoa humana. O art. 1º, III, elege como fundamento a dignidade da pessoa humana; no art.3º, extremou como um dos objetivos essenciais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no meio social. Deve-se abandonar, portanto, todas as posições doutrinárias que, no passado, vislumbraram em institutos do direito de família uma proteção supra-individual, seja em favor de objetivos políticos, atendendo a ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa³.

A partir do momento em que a Constituição adotou uma postura cidadã, reconhecendo o importantíssimo papel da família na formação e promoção da dignidade humana, foi permitido alçar da marginalidade as uniões estáveis.

As uniões livres somente tornaram-se elemento de negação jurídica, a partir da normatização do casamento, no século XVI.

Com o engessamento da relações familiares, todas as formações de família que fossem contrárias aos moldes ditados pelo Estado eram estigmatizadas, marginalizadas.

O casamento era a forma de constituição da família legítima, e o vínculo que se estabelecia entre homem e mulher indissolúvel, situação que foi alterada com o advento da Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977, regulada posteriormente, pela Lei 6.515/77 – Lei do Divórcio.

A entrada em vigor da Lei do Divórcio foi um marco importantíssimo dentro das relações de família, que, há muito sinalizavam com novas tendências. Em matéria veiculada pela revista *Claudia*, intitulada “O que pensa o brasileiro?”, pode-se detectar as alterações nas regras morais, que passam a refletir sobre o modelo

³ *Gustavo Tepedino. Temas de Direito Civil, p. 326.*

familiar, que hoje, não são mais tão rígidos⁴.

Segundo Eliésio Moreira, da organização não governamental Population Communications International (PCI), existe uma aceitação popular das relações entre homem e mulher, sem vínculos formais.⁵

Segundo Maria Helena Diniz, em seminário, “A união estável e seu regime jurídico”, realizado, recentemente, no Instituto de Direito Privado, a família brasileira deixa de ser patriarcal e passa a se basear na afetividade.

Acrescentou, ainda, a Mestra, às razões de cunho estritamente pessoais, somadas às condições sociais econômicas a fuga da responsabilidade, propiciaram a formação de um terreno profícuo ao surgimento de uniões livres, ou como queriam outros, uniões de fato, designada tecnicamente de concubinato.

Diante do quadro social brasileiro, profetizava o Antônio Chaves: “...por mais que o legislador, como a avestruz, enterre sua cabeça na areia de um deserto de idéias, terá um dia, que não está distante, diante da pressão dos acontecimentos e da opinião pública, de enfrentar o problema e dizer o que é que entende por verdadeiro ‘concubinato’, debastando o terreno das idéias parasitárias⁶”.

O preconceito sempre ungiu este instituto, assim como se verificava quanto ao extinto “desquite”. Desta forma, as pessoas concubinadas e as desquitadas eram pessoas discriminadas.

Em 1977, o legislador pátrio resolveu, em razão do quadro social que se apresentava, abolir a carga de preconceito que pesava sobre a palavra desquite, criando uma nova expressão para identificar as pessoas que estavam desobrigadas à observância dos deveres do casamento ou que optavam pela dissolução do vínculo conjugal. Ficaram então, a partir do advento da Lei do Divórcio, Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, instituídos a separação judicial e o divórcio, e as pessoas que se utilizam desses institutos passam a ser denominadas: separadas judicialmente e divorciadas.

⁴ Revista Claudia - Abril 99, p. 18.

⁵ Idem, p. 20.

⁶ RT 472/75, P. 35.

Diante dos fatos humanos, opera-se, através da história, o processo de modelagem jurídica, da realidade social, em virtude de sempre diversas e renovadas qualificações valorativas dos fatos⁷; busca então, o legislador, encontrar uma denominação “que talvez suavizasse ou pelo menos não veiculasse outra coisa que não fosse apenas a indicação de um estado civil”⁸; portanto, a partir de 1988 assim se posicionou nosso legislador constituinte: fica “reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (Art 266, § 3º da Constituição Federal)

Edgard de Moura Bittencourt em suas obras referia-se à largueza e a dificuldade em conceituar as famílias constituídas informalmente, bem como, o preconceito que rondava esta forma de constituição de família.

No entanto, a expressão concubinato no Brasil, sempre foi considerada como um palavrão, quando não indicativa de uma relação desonesta⁹, pecaminosa, tanto que a sociedade ao se referir às pessoas não casadas, que vivem como casadas, refere-se a elas com as mais variadas expressões: vivem juntos, amigados, amasiados; embora, juridicamente seja utilizada apenas a palavra concubinato.

Os fatos sociais denunciam, os conflitos que chegam ao Estado juiz provam, que existe outra forma de constituição de família que não é o casamento, são as uniões informais, existem como fato social, mas não como fato jurídico, e como ensina George Ripert, “quando o Direito ignora a realidade, esta se vinga, ignorando o Direito.”

2 - A necessária distinção entre concubinato puro e impuro

Para melhor compreensão do instituto tema deste artigo, faz-se necessário, visualizar-se a distinção existente entre o concubinato puro e o concubinato impuro, ou concubinato e mancebia.

Concubinato puro é a união que se estabelece entre

⁷ Miguel Reale. *Lições Preliminares*, p. 183.

⁸ Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. *Direito de Família Contemporâneo*, p.515.

⁹ Rodrigo da Cunha Pereira. *Concubinato e União estável*, p. 15.

homem e mulher, sendo que entre ambos inexistem quaisquer impedimentos, ou seja, não exista nada que impeça a oficialização daquela união. Para Álvaro Villaça Azevedo, “*união estável ou o concubinato puro foi o ressurgimento do casamento de fato, arraigado no costume popular.*”¹⁰

De outra banda, concubinato impuro seria aquele justamente no qual, o homem ou a mulher, ou ambos, estão impedidos, de oficializar a união. Ter-se-á o concubinato adúlterino quando um dos parceiros já contraiu casamento válido; ou concubinato incestuoso, quando os companheiros estão unidos por grau de parentesco próximo.

Tanto a doutrina como a jurisprudência, salientam que a união concubinária impura não interessa para o Direito, por ser uma conduta antijurídica, o que determina a inexistência de qualquer proteção legal, não produzindo nenhum efeito jurídico.

O legislador constitucional ao reconhecer este tipo de união como entidade familiar, refere-se, claramente, ao concubinato puro. Tal posição, fica evidente, quando, ao final do § 3º, do art. 226, passa um comando: “devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Claudia Grieco Tabosa Pessoa, ao tratar dos requisitos necessários à concessão de alimentos entre os companheiros, previstos na Lei 8.971/94, leciona: “*União comprovada entre pessoas desimpedidas ou separadas judicialmente – O legislador refere-se claramente ao concubinato puro, exigindo não só a prova da união estável mas a inexistência de vínculo conjugal anterior entre os companheiros.*”¹¹

Conclui a autora, configura-se união nesta forma aquela que for dotada dos requisitos do concubinato puro.

No entanto, existe exceção. É o chamado concubinato adúlterino clássico, que ocorre quando uma das partes ou ambas, na relação concubinária, já se encontram separados de fato há longos anos e não realizou a separação judicial ou o divórcio por negligência

¹⁰ Álvaro Villaça de Azevedo. Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Coord. Mônica Sartori Scarparo, p.13

¹¹ Claudia Grieco Tabosa Pessoa. Efeitos patrimoniais do concubinato, p. 86.

ou ignorância. Neste caso, poderá o concubinato impuro ensejar a proteção legal, mas, não sem antes examinar a presença de características indicativas de verdadeira comunhão de vida e de interesse¹².

Para Irineu A. Pedrotti, não é justo a realização de partilha de patrimônio amealhado por um dos cônjuges, sem ajuda do outro, mas, sim, da companheira em razão de separação de fato prolongada, podendo, até ser considerada, de um lado como enriquecimento ilícito, e de outro como recebimento imoral de patrimônio¹³.

Julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou a meação de bem imóvel herdado pelo varão, na constância do matrimônio e existência de prolongada separação de fato caracterizador do rompimento fático do vínculo, não deve ser partilhado, não reconhecendo a ofensa ao princípio da imutabilidade do regime de bens do casamento¹⁴.

Segundo Zeno Veloso, o concubinato impuro não significa união estável (ressalvado o caso de o convivente casado estar separado de fato do cônjuge), não se está dizendo que tal relacionamento não gera qualquer efeito. (...) *fora do círculo do*

¹² Apud, Claudia Grieco Tabosa Pessoa, p.91. *Sobre a possibilidade de pleitear a concubina pedido de indenização que decorra de ato ilícito do qual sobreveio a morte do companheiro*, Mário Moacyr Porto dispôs: "Como diz Jean-Bernard Denis, em eu excelente trabalho *L'action civile de la victime en situation illicite*, seria contrário, não somente à mais elementar equidade, mas à própria ordem pública, que um delinqüente pudesse escapar à responsabilidade que lhe cabe, sob o pretexto de que a vítima se achava envolvida em uma situação irregular, permitindo-se, em consequência, que o criminoso se beneficiasse de uma situação estranha ao delito perpetrado (*Recueil Dalloz Sirey, cit., 1976, p. 246.*) (...) Acrescente-se que o crime de adultério é uma velharia desacreditada pelo desuso. Em toda nossa longa vida de profissional do Direito jamais vimos um processo por crime de adultério. Um obstinado misoneista poderia objetar que a ação da concubina sobrevivente importa na confissão da ilicitude da sua conduta, o que tropeçaria no adágio *nemo auditur turpitudinem allegans*. A parêmia não tem absolutamente, o elastério que comumente se atribui (*Torneau, La règle nemo auditur, tese, 1970; Mazeaud e Tunc, Traité, cit., t.2, n. 1.460, nota 1.* (cf. Mário Moacyr Porto. *O concubinato e os seus efeitos patrimoniais*, in Youssef Said Cahali (coord.), *Família e casamento, cit., p.399*).

¹³ Irineu Antonio Pedrotti. *Concubinato União estável*, p. 268.

¹⁴ *Idem*, p. 269.

Direito de família, pode, eventualmente, representar uma sociedade de fato, sendo aplicáveis as regras do direito comum, especialmente o do Direito das Obrigações e, neste sentido, é a jurisprudência do STJ¹⁵.

Desta forma, o legislador constitucional, reconhecendo e atendendo a necessidade de superar o preconceito que carrega a expressão “ concubinato”, passou, na Constituição de 1988, a denominá-lo como união estável. Evidentemente, quis o legislador referir-se ao concubinato puro, pois, no § 3º, do art. 226, da Constituição Federal, está previsto que para efeito de proteção, o Estado reconhece as uniões estáveis entre homem e mulher (§ 8º), devendo facilitar a sua conversão em casamento. Logo, só poderia estar se referindo ao concubinato puro, pois, é o que permite a conversão em casamento.

Maria Helena Diniz entende da mesma forma: “O concubinato puro foi reconhecido pela Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 3º, como entidade familiar, passando a receber o nome de união estável¹⁶.”

Antes mesmo do legislador constituinte utilizar-se desta expressão para referir-se ao concubinato, Edgard de Moura Bittencourt já tinha o mesmo entendimento. União livre e concubinato, são idéias semelhantes, abrangendo uma e outra a relação entre homem e mulher, fora do matrimônio. Essa relação, na frase de Savatier, se designa, em estilo nobre, por união livre e, em estilo menos nobre por concubinato¹⁷.

Para Gustavo Tepedino, o concubinato, até chegar a denominação prevista no texto constitucional, passou por três etapas distintas:

Primeiro, a rejeição do concubinato estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação adúltera. Seguindo a orientação dos pretórios franceses apenas reconhecia entre os concubinados uma relação obrigacional, que ensejava a indenização por serviços prestados.

¹⁵ Zeno Veloso. *União estável*, p. 78.

¹⁶ Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 276.

¹⁷ *Idem*, p. 3.

Segundo, o legislador passa a dar relevância ao concubinato puro, não mais como uma relação obrigacional, mas como vida lícita em comum, sendo-lhe atribuídos efeitos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia, conforme já mencionado no capítulo referente ao concubinato.

E, a última fase, corresponde justamente a tutela constitucional das entidades familiares não fundadas em casamento, prevista no § 3º, do art. 226, denominada **união estável**¹⁸.

3 – Conceito

A forma de união que dá título ao nosso trabalho é o reconhecimento constitucional do concubinato puro como entidade familiar. Assim, como o concubinato, é difícil conceituar a união estável, de forma fechada, hermética.

O Código Civil preconiza ser a família criada pelo casamento. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, perdeu este a primazia, e hoje, a família origina-se do casamento ou a forma constitucionalizada de convivência.

Virgílio de Sá Pereira ensina que o Direito não cria a família, antes o amor, próprio da natureza humana: *“A família é fato natural; não cria o homem, mas a natureza (...) Que é que vêdes quando vêdes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz com sua lei, ou o padre, com o seu sacramento?”*

Realmente, não tem o Direito o poder de criar a família, se antes não existir no homem e na mulher a vontade de constituí-la. Por exemplo: “A”, mulher e “B”, homem, filhos de conceituadas famílias baianas, conhecem-se no carnaval, e após muita festa e muita bebida, acabam mantendo relações sexuais. “A”, engravida e, as famílias a fim de evitar escândalo envolvendo-as, acertam entre si o casamento do filho. O casamento foi um grande acontecimento da alta sociedade baiana. Após o casamento, “A” e “B” mal se cumprimentam, dormem em camas separadas, o filho é criado e educado por duas babás e uma governante. Isto é uma família?

¹⁸ Gustavo Tepediono. *Temas de Direito Civil*, p. 327.

Juridicamente sim, fática e verdadeiramente não, pois, família pressupõe amor, vontade de permanecer juntos, segundo princípios ditados pelo respeito, comunhão e partilha. Se não existirem estes elementos, ela não é família na sua verdadeira acepção.

Diante desta realidade, consolida-se ao lado do casamento, outra forma de constituição de família, que sempre existiu e sempre existirá

Rodrigo da Cunha Pereira conceitua a “estabilidade” da união como sendo o concubinato *more uxorio*, público, contínuo e duradouro, entre homem e mulher, cuja relação não seja incestuosa ou adúltera¹⁹.

Para Orlando Gomes, o concubinato é forma de família que mais se aproxima da constituída pelo casamento. Apesar do valor depreciativo, a denominação concubinato, é a que melhor se assenta à família de fato, assim entendida como grupo familiar estável no qual a mulher assume a condição de companheira²⁰.

Para Rescigno, família de fato é a convivência entre duas pessoas de sexo diferente que, na substância, tem o mesmo conteúdo da convivência que se origina do casamento, faltando-lhe apenas o ato jurídico. Nesta espécie de família, as relações entre seus membros se estabelecem como se pais e filhos estivessem unidos pelas justas núpcias, e perante terceiros, comportam-se social e juridicamente como casal legítimo²¹.

Jussara S. A. B. N. Ferreira, identificando o fenômeno da formação de família não oficializada, a denominou de “casamento por comportamento”. É uma união espontânea e duplamente livre. Livre em sua origem, e dos padrões tradicionais de solenidade de celebração, que caracterizam o casamento tradicional²².

Esta espécie representa a materialização das vontades individuais de duas pessoas, em sede da absoluta autonomia da vontade privada. Homem e mulher, resolvem edificar uma vida em comum, fora dos padrões tradicionais e de celebrações solenes, com filhos ou não, com formação de um patrimônio comum ou não,

¹⁹ Rodrigo da Cunha Pereira. *Concubinato e União estável*

²⁰ Orlando Gomes. *O novo Direito de Família*, p.67.

²¹ *Idem*, p.67

²² Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira. *Casamento por comportamento*, p. 15.

visando a construção emocional, física, psicológica de seus membros, de forma a realizar o bem-comum e alcançar a felicidade. Nesta espécie de formação de família, existe uma maior autenticidade, pois as pessoas permanecem unidas enquanto existir o amor, a afeição.

Para Marco Aurelio S. Viana, união estável é forma de constituição de família, que pode ser formada apenas pelo homem e pela mulher, não sendo o filho elemento essencial. Tem como alicerce a vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando a constituição de família²³.

Para Maria Helena Diniz, união estável é a união livre entre homem e mulher, sem que aja entre eles impedimento matrimonial. É uma espécie de concubinato, é o concubinato puro, ou seja, é a união entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas e viúvas. Está fora das uniões estáveis, uniões sexuais esporádicas, incestuosas e adúlteras²⁴.

É um instituto absolutamente diferente do casamento. Instituto, como se verá mais adiante, que apresentam natureza jurídica diversa. A Constituição Federal no §3º, do art. 226, determina que deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Não equiparou-a a Constituição, ao casamento, pois se assim fosse, desnecessária seria aquela orientação.

No entendimento de Maria Helena Diniz, o legislador constitucional, ao inserir no ordenamento jurídico essa forma de convivência, deflagra dois comandos: em primeiro lugar a proteção à família nestes moldes constituída e em segundo lugar, a elaboração de normas que regulem forma em que se processará a conversão da união estável em casamento.

4 – Requisitos

É muito importante a análise dos elementos que a compõem porque, a partir deste estudo, se reconhece ou não a existência e validade desta união, que, em sendo positiva, passa a

²³ Marco Aurelio S Viana. Da *União estável*, p. 29.

²⁴ Maria Helena Diniz, em seminário sobre “A *união estável* e seu regime jurídico”, realizado em São Paulo, março de 1999, no Instituto Internacional de Direito Privado.

gerar seus efeitos.

Maria H. Diniz, divide os requisitos da união estável, em essenciais e secundários. Como requisitos essenciais apresenta-se: a diversidade de sexo, comunidade de vida, prazo de convivência, notoriedade, honorabilidade, coabitação, colaboração no sustento do lar. E como elementos secundários: dependência econômica da mulher, compenetração das famílias, existência de filhos de ambos, casamento religioso sem efeito civil, casamento no estrangeiro do separado judicialmente, criação e educação dos filhos de um dos companheiros pelo outro, diferença de idade e por último existência de contrato.

Entre os requisitos essenciais o primeiro deles é a diversidade de sexos. O legislador constituinte, seguindo a ideologia inculpada nas normas concernentes ao casamento, erigiu como requisito à configuração da mesma a diversidade de sexo.

A Constituição, no § 3º, do art. 226, estabelece, "*Para efeito e proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, ...*".

A diversidade de sexos é um dos requisitos de existência do casamento. Ora, posicionamento contrário não seria possível em sede desta temática. O comando constitucional é claro, no dispositivo supra-citado; que deve a lei facilitar a conversão desta em casamento, é portanto, condição *sine qua non* a diversidade de sexos.

O reconhecimento constitucional do requisito diversidade de sexos, impede que seja reconhecida como entidade familiar a relação entre pessoas do mesmo sexo²⁵. Esse tipo de tutela só é possível a nível de direito das obrigações.

Esta tendência, ficou absolutamente clara na divisão de aquestos determinada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em decisão proferida no caso notório envolvendo o patrimônio de Jorge Guinle e seu companheiro. Inicialmente havia sido atribuído ao companheiro 50% do patrimônio do morto, que foi reduzida para 25% em instância recursal. A decisão proferida foi fundamentada no direito das obrigações, negando a situação de concubinato pela ausência do pressuposto essencial para sua

²⁵ Marco Aurélio S. Viana. *União estável*, p. 14.

configuração, que é a diversidade de sexos²⁶.

Em decisão proferida recentemente, o Superior Tribunal de Justiça através do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no Recurso Especial 148.897-MG, julgado em 10 de fevereiro de 1998, por unanimidade, reconhece que os homossexuais constituem sociedade de fato a ensejar a partilha do bem comum²⁷.

A Lei 8.971/94, que regula os alimentos entre os companheiros, em seu art. 1º, assim se posiciona, "A companheira comprovada de um homem solteiro...".(grifos nossos).

Na mesma esteira, a Lei 9.278/96, que regula o regime de bens entre os companheiros, estabelece em seu art. 1º, "É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher,...".(grifos nossos).

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece como entidade familiar a união formada entre pessoas do mesmo sexo, aliás, igual posição vigia à respeito do concubinato. O legislador constituinte desde logo, sinalizou pela diversidade de sexos, e os legisladores ordinários, nem poderia ser diferente, acolheram a orientação.

No Brasil, juridicamente, o homossexualismo, não existe, não gerando estas relações, como união estável, nenhum efeito por falta do requisito primeiro.

Embora exista nos Tribunais e mesmo entre os estudiosos do Direito, uma pré-disposição, em não se discutir o tema uniões homossexuais, chegará o momento que a sociedade cobrará uma posição.

²⁶ Ac. un. 5ª C. Cível, in ADV-COAD nº 47965, em cuja ementa se lê: "Comprovada a conjugação de esforços para formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha (...)"No voto do Relator, Des. Narciso Pinto, ressalva-se: "Deve-se observar, desde logo, que nenhuma importância tem, para apreciação do pedido, a natureza das relações que ligaram o autor à pessoa de Jorge Guinle, não cabendo aqui qualquer discussão sobre se, entre eles, existiu este ou aquele tipo de relacionamento, apresentado-se pois inteiramente despropositadas as considerações feitas pelo réu, ora apelante, a respeito de possíveis ligações amorosas ou sexuais entre o autor e o finado Jorge." (cf. Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil, cit. p. 335)

²⁷ Luiz Edson Fachin, Elementos Críticos do Direito de Família, p. 93.

Discussões já se iniciaram, a nível legislativo tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 1.151, de 1995, de autoria da Deputada Marta Suplicy, que disciplina as uniões homossexuais. O referido projeto já passou por todas as comissões na Câmara e não pode ser mais arquivado.

O reconhecimento das uniões estáveis, até sua aprovação, passou por grandes discussões. Da mesma forma, o Projeto, acima referido, que trata da união entre pessoas do mesmo sexo, terá que passar pelo crivo das forças contrárias e favoráveis, representadas pelas alas conservadoras e progressistas, comuns em qualquer sociedade, principalmente as democráticas.

O assunto deve deixar de ser proibido, de causar mal estar. O preconceito e a marginalização somente serve para desencadear mais preconceito e desagregação social entre as pessoas que não se enquadram no estereótipo clássico.

Da mesma forma como a união livre era proibida e pecaminosa, assistiu-se ao longo do tempo a superação do preconceito diante da realidade social. Diferente destino não terá a união entre pessoas do mesmo sexo. Desde o nascimento, a primeira imagem gravada no cérebro em branco do bebê, é a imagem do olhar carinhoso de um homem e uma mulher, pai e mãe. Mudar esta imagem é algo muito difícil, aliás, muito mais, do que foi a aceitação de família formada por homem e mulher não casados segundo os ditames da lei.

A realidade social exige uma reavaliação do tratamento social e jurídico sobre o tema. Esta postura é observada em alguns países, onde a união entre homossexuais já faz parte do ordenamento jurídico. A Suécia, Dinamarca, Noruega e algumas unidades dos Estados Unidos, são exemplos desta nova postura.

Caio Mário da Silva Pereira, em recente trabalho publicado, registra o aumento do homossexualismo e dos casos de uniões sexuais, o que tem ocasionado reformulações em alguns sistemas jurídicos. O Parlamento Europeu pediu que os países da União Européia permitam o casamento de homossexuais, e em harmonia com essa recomendação, exortou os países da União Européia a abolirem a discriminação de homossexuais e deixarem de penalizá-los. Condenou em particular a Grã-Bretanha que, a pretexto de evitar o homossexualismo, vem promovendo restrições aos direitos

dos cidadãos em várias áreas.

Neste sentido, o Parlamento Britânico amenizou as limitações, reduzindo a idade consentida para relações homossexuais de 21 anos para 18 anos²⁸.

Para Marilene Silveira Guimarães, “ *não é negando direitos à união homossexual que vamos fazer desaparecer o homossexualismo*”, e complementa, “ *os fundamentos destas uniões são assemelhados aos do casamento ou da união estável; o vínculo que os une, à semelhança dos demais casais, é o afeto, que gera efeitos jurídicos*²⁹”.

Outro argumento invocado na proteção estatal das uniões homossexuais é apresentado por João Baptista Villela: “ *No ambiente dessacralizado e pluralista das sociedades ocidentais contemporâneas, soa inaceitável o estabelecimento de restrições de direitos em razão de preferências ou inclinações eróticas. Se a isso se ajuntar a circunstância de que o casamento deixou de ser um instituto preordenado à reprodução, para se constituir essencialmente em espaço de companheirismo e camaradagem, era natural que se definisse a demanda pelo reconhecimento legal da união entre parceiros do mesmo sexo.*”

Sem dúvida, o tema é árduo, exigindo inicialmente coragem, mas, não só isso; exige muita dedicação e estudo multidisciplinar, que possibilite a compreensão do que seja o homossexualismo. Posteriormente, faz-se necessário uma análise sob a ótica do Direito, de forma isenta, se possível, de preconceitos, ou seja, o enquadramento e a solução de uma situação fática, que em determinado tempo exigirá uma resposta, segundo os princípios da justiça e dignidade presentes no ordenamento de cada sociedade livre e justa.

Norberto Bobbio, em sua obra *Diário de um Século*, leciona que “ *todo homem tem a possibilidade de diferenciar-se dos outros segundo a própria lei intrínseca, que é a própria liberdade, e portanto ser avaliado de modo correspondente à sua diferenciação (...). Mas aquilo que constitui a característica própria do homem e lhe*

²⁸ Apud, Rodrigo da Cunha Pereira. *Direito de Família – Uma abordagem Psicanalítica*, p. 45.

²⁹ Apud, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *O Companheirismo*, p. 490.

dá ao mesmo tempo a possibilidade de diferenciar-se dos outros seres e dos outros homens, é a liberdade. (...) Estabelecendo como fundamento de avaliação da justiça a liberdade, o problema da justiça desloca-se: passa de uma concepção da justiça como abstrata igualdade no livre exercício da própria personalidade. Com esse critério, justiça não significa que eu seja igual a você, mas que eu seja igual a você, é a possibilidade de exercitar a própria personalidade³⁰.

Luiz Edson Fachin, ao abordar o tema união homossexual, posiciona-se: *não é apenas um desafio; é, na verdade um aprendizado, a instituir-se na coerência entre o verbo e a prática, e cita Michel Serres, “nada aprendi sem que tenha partido, nem ensinei ninguém sem convidá-lo a deixar o ninho [...] porque não há aprendizado sem exposição³¹”.*

A comunidade de vida é o segundo requisito essencial. Ao abordar sobre este requisito, Maria H. Diniz, afirma, ser está a denominação indicada em substituição ao requisito “relações sexuais”. Justifica, a Mestre, sua posição, por ser este termo, mais amplo e significativo.

Homem e uma mulher que mantém uma união baseada no amor, no companheirismo, na partilha, de forma duradoura, baseada no respeito e na dignidade, estabelecem uma verdadeira comunidade de vida.

Muito mais que relações sexuais, quando se trata de união estável, é necessário a existência do vínculo psicológico unindo homem e mulher, ou seja, o sentimento comum de formar uma família. Tanto é que, a existência de relações sexuais esporádicas eventuais, não caracterizam-na portanto, antes da interação dos corpos é necessário a interação psico-social. Os companheiros têm o *animus* de formar família e gozam no meio social, onde vivem, de status de casados.

Para Edgard de Moura Bittencourt, a comunhão de vida e de interesses é o aspecto principal para constituição do concubinato³².

³⁰ Norberto Bobbio. *Diário de um Século*, p.122.

³¹ Luiz Edson Fachin, *Elementos Críticos de Direito de Família*, p. 94

³² Edgard de Moura Bittencourt. *Concubinato*, p. 25.

Os conviventes devem cultivar entre si uma união duradoura para finalidades essenciais à vida social, assim compreendidos o amor, o respeito a felicidade.

Arnaldo Rizzardo, ao tratar da união estável assim assinala: *“Para reconhecimento desta forma de família, há necessidade de dois elementos: a comunhão de vida, envolvendo a comunhão de sentimentos e a comunhão material³³...”*.

Comunhão de vida, nada mais, é do que, a convivência *more uxori*. É a vida em comum entre homem e mulher, embora não casados; é a convivência entre duas pessoas que, não sendo casadas, vivem maritalmente³⁴.

Juntamente à comunhão de vida e de interesses, existe o elemento subjetivo moral, que se refere à origem da união e à sua subsistência dentro de padrões nobres que, efetivamente, demonstrem sua similitude com o casamento³⁵.

Considerando-se que entre os conviventes se estabelecem relações pessoais e patrimoniais muito semelhantes às do casamento³⁶, deve-se concluir da mesma forma, que os valores morais deverão estar presentes, vez que, a honorabilidade, é um dos requisitos de constituição deste novel instituto.

Outro elemento de grande importância na constituição das uniões estáveis é a durabilidade. No direito anterior, ou seja, antes da entrada em vigor das Leis 8.971/94 e 9.278/96, o tempo, o período de convivência entre os companheiros era levado em conta não só pelos Tribunais, mas, também, pelas disposições legais legislativas esparsas.

A legislação previdenciária só reputava como companheira, para efeitos de recebimento dos benefícios de seu companheiro, a mulher que conseguisse comprovação do prazo de cinco anos ou mais de convivência em comum, ou de três anos, caso houvesse filhos dessa união. Percebe-se, portanto, que a questão temporal, sempre foi um referencial importantíssimo na verificação se,

³³ Arnaldo Rizzardo. *Direito de Família V. 1, p. 334.*

³⁴ Maria H. Diniz. *Dicionário Jurídico V 3, p. 309*

³⁵ Claudia Grieco Tabosa Pessoa. *Efeitos Patrimoniais do Concubinato, p.48.*

³⁶ Orlando Gomes. *Direito de Família, p.42.*

determinada relação, que entre homem e mulher, é passível de gerar algum efeito a ser pleiteado em juízo.

Como não poderia deixar de ser, deve-se analisar a questão temporal da união estável a partir do texto constitucional. O art. 226, § 3º, é claro, “*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...*”.

Etimologicamente, estável, significa, firme; sólido; inalterado; fixo e duradouro³⁷. Como estabelecido constitucionalmente, para que uma união entre homem e mulher, seja considerada estável é necessário, que ela seja, sólida, fixa, duradoura.

A união extramatrimonial formada para fins de sua caracterização como companheirismo, dever ser estável, ou seja, duradoura, não podendo se revestir de características de instabilidade; enfim, não pode ser efêmera, passageira formada à título experimental. Dentro do contexto da estabilidade, deve ser uma união sólida, construída em bases sedimentadas, não formadas pela simples atração sexual ou desejo instintivo³⁸.

Ao analisar a questão tempo, vem à lume o paralelo entre esta forma de união e o usucapião. Na definição clássica de Modestino, usucapião, é o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei: *usucapio est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege defintit*³⁹.

A aquisição da propriedade através do usucapião, não ocorre de imediato; mas, sim, através da existência de certas situações fáticas, dentro dos prazos fixados em lei, a partir de então passando a gerar efeitos. No dizer de Maria H. Diniz, usucapião é a “*(...) posse prolongada da coisa com observância dos requisitos legais. Tem por finalidade a consolidação da propriedade, dando juridicidade a uma situação de fato: a posse unida ao tempo*”⁴⁰.

Para que uma relação entre um homem e uma mulher seja considerada **união estável**, passando a gerar efeitos jurídicos, é

³⁷ Minidicionário Soares Amora da Língua Portuguesa, p. 279.

³⁸ Guilherme Calmon Nogueira da Gama. O companheirismo, p. 135.

³⁹ Orlando Gomes. Direitos Reais, p. 163.

⁴⁰ Maria H. Diniz, Dicionário Jurídico, p.676.

necessário, a existência e a prática reiterada de certos atos dentro de um espaço temporal, como por exemplo: a convivência pública e notória, a estabilidade, a fidelidade, o mútuo auxílio, tanto no aspecto material como moral, a existência, etc.

Segundo Guilherme Calmon, o paralelismo entre o usucapião e o companheirismo, tomadas as devidas cautelas em decorrência das peculiaridades próprias, é fundamental para inclusive reconhecer algumas conseqüências jurídicas próprias a ambos os institutos. Ambos têm como origem uma situação fática que, paulatinamente, vai sendo constituída com maior vigor e força, agregando-se a vários outros fatores, de índole objetiva e subjetiva, até o ponto de gerar efeitos jurídicos, daí toda a doutrina de proteção possessória, inclusive para efeito de usucapião. Sem adentrar na análise das controvérsias a respeito, é de se reconhecer como majoritária a orientação que considera a sentença de procedência do pedido proferida em Ação de Usucapião como sendo de natureza meramente declaratória⁴¹. O mesmo raciocínio também é válido para o companheirismo, dentro do contexto das medidas protetivas ao instituto⁴².

A intenção do legislador e da doutrina são bastante claras. Através da estabilidade, busca-se afastar do conceito já exposto, as relações sexuais passageiras, descompromissadas, realizadas apenas e tão-somente em razão do instinto sexual, frívolo e passageiro, comum, aliás, em nossos dias, em que a sociedade passa por uma verdadeira revolução, ou crise, no que tange às regras de ordem comportamental.

A Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, trata em seu art. 1º, quais os requisitos necessários para ensejar a obrigação

⁴¹ "Admite-se a ação declaratória para se afirmar a existência do concubinato." - RT 500/72

"Em 22 de abril de 1960, a Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgou procedente Ação Declaratória de Sociedade de Fato cumulada com Petição de Herança, a fim de que, "partilhado por igual o acervo deixado por (...) , dessa metade recebam os filhos de (...) a parte que lhes toca, com devolução completa dos bens, frutos e rendimentos havidos após a morte daquela, além de honorários de advogado na base de 10% sobre o valor da cota dos autores" (m.v., Presidente e Relator designado Moura Bittencourt, Bandeira de Mello e ° Gonzaga Júnior, este vencido." RT 300/188-190.

⁴² Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *O Companheirismo*, p. 145.

alimentar entre os companheiros: “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ...”. (grifos nossos).

Posteriormente, a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, define expressamente, em seu art. 1º: *“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”* (grifos nossos).

A promulgação de leis, acima referidas, suscitou entre os doutrinadores e os julgadores um conflito. Teria a Lei 9.278/96 revogado a Lei 8.971/94? Deve o legislador fixar um prazo para caracterizar as uniões estáveis?

Para Rodrigo da Cunha, a Lei 9.278/96 revogou a Lei 8.971/94, não mais existe prazo rígido para configuração da união em tela. *“O tempo necessário parar caracterização da união estável é aquele em que, em cada caso, se verificar uma estabilidade e durabilidade das uniões.* Daí a tão acertada expressão da Constituição Federal: união estável⁴³.

Para Irineu A. Pedrotti, o legislador, *“deixou em termos, ao critério do julgador estabelecer o prazo para reconhecimento da união estável, com esse modus agendi, deixou, o Poder Legislativo, de cumprir formalmente seu papel constitucional”*⁴⁴.

Segundo Marco Aurélio S. Viana, não deve a lei estabelecer um prazo para caracterizar a união descrita na doutrina e na Constituição Federal como válida. Para o autor deve ser feito um exame de cada caso. Ao examinar o fato *sub judice*, deve-se perquirir se há uma convivência comum, contrária à convivência frívola e passageira⁴⁵.

Débora Gozzo, ao tratar dos efeitos patrimoniais nesta espécie de união, é taxativa: a Lei 9.278/96, revogou o art. 1º, da Lei 8.971/94. Os companheiros, para alcançar a proteção da norma legal, terão que provar, que mantêm uma convivência duradoura, pública e

⁴³ Rodrigo da Cunha Pereira. *Direito de Família Contemporâneo*, p.539.

⁴⁴ Irineu Antonio Pedrotti. *Concubinato União estável*, p. 226.

⁴⁵ Marco Aurélio S. Viana. *Da união estável*, p.26.

continua, e com o intuito de constituir família. Essa comprovação “substitui”, por assim dizer, a do lapso temporal⁴⁶.

Com a ambigüidade provocada pelas leis, introduz-se na sociedade um incômodo desnecessário, a incerteza. Em São Paulo os Juizes das Varas de Família e Sucessões passaram a considerar o prazo mínimo de dois anos de união; a Justiça carioca, a seu turno, considerou como o ideal de uniformidade o prazo de cinco anos, em razão da consciência jurídica nacional e por diversos textos legais, salvo casos especiais; a Justiça do Rio Grande do Sul, deliberou: “Após hesitações e longa meditação convenci-me de que estava correta a tradição jurisprudencial de reclamar prazo médio de cinco anos para o reconhecimento do concubinato (entendido este no conceito de união estável: convivência como se casados fossem⁴⁷”.

Para Cazajkowski, oportuna foi a revogação promovida pela Lei 9.278/96. A não fixação de um prazo rígido vai de encontro com a tendência legislativa mais moderna. Muito mais que o prazo da união, importa a existência de certa continuidade e um entrosamento subjetivo, para distingui-la de uma união passageira, descomprometida. Fixar um prazo cronológico mínimo para aferir a existência de uma união nestes moldes, é correr o risco de detectá-la onde não existe ou, o que é pior, negá-la onde efetivamente se configura⁴⁸.

Em que pese as opiniões contrária e a favor, encontra-se engavetado, o Projeto de Lei 2.686/96, que prevê, no seu art. 1º, a necessidade da comprovação de convivência mínima de cinco anos, caso não haja filhos da união e de dois anos se houver. Em sendo aprovado o referido projeto, voltar-se-á à necessidade da comprovação do lapso temporal para a configuração da união que ora configuramos.

Da mesma forma posicionou-se o Projeto de Código Civil. Em sendo aprovado o novo Código Civil, haverá a necessidade da comprovação de uma convivência no mínimo de cinco anos ininterruptos, no caso de não haver filho(s) da união. Se houver, o período necessário para a configuração desta que é de três anos.

Sem embargos às opiniões dos doutrinadores, deve-se

⁴⁶ Débora Gozzo. *Repertório de Doutrina de Direito de Família*, p. 95.

⁴⁷ Irineu A Pedrotti. *Concubinato União estável*, p. 228.

⁴⁸ Rainer Czajkowski. *União Livre*, p. 69/72.

compreende-la dentro do conjunto das características que lhe são peculiares. Ela é construída dentro da informalidade, não sendo possível enquadrá-la segundo requisitos estanques. É necessário o exame de cada caso, o que determina a existência de uma união estável não é a quantidade de tempo que homem e mulher permaneceram juntos, mas, sim, o conjunto de manifestações externas que traduzem a vontade interna destes dois seres em constituir família. O seu substrato principal é o amor.

Aliás, é característica precípua, a ausência de formalidade. Esta peculiaridade determina o traço de distinção absoluta entre o casamento e ela, pois, é insito do casamento o formalismo. Sábias, portanto, as palavras de Francisco José Cahali: *“Enquanto no casamento a constituição é celebrada a priori, na união estável sua caracterização é a posteriori, verificados os elementos essenciais”*⁴⁹.

A notoriedade é outro dos requisitos essenciais. Isto significa que a união deve se realizar, além da intimidade dos companheiros, ou seja, deve ser do conhecimento, de pessoas íntimas, de vizinhos. Os companheiros devem gozar, no meio em que vivem, de fama, status, de casados.

Notoriedade, significa comportamento natural na presença da comunidade, pessoas estranhas ou conhecidas, sem a busca visível e notória da negação do relacionamento. Chegar e sair de casa na companhia do consorte, comparecer a festividades e eventos públicos de qualquer natureza, participar a amigos a relação, fazer publicar comemorativos pela passagem de data importante para ambos, todos são indícios de notoriedade e publicidade de algo que, somado aos demais requisitos, poderá vir a ser tido como **união estável**⁵⁰.

A fidelidade é outro elemento determinante. Ela funciona como um laço de valorização ético-moral, presente em todas as relações de família, sendo valorizada pela melhor doutrina. Este requisito, busca também, distinguir as uniões estáveis das relações levianas. Nada impede a existência de uma após a outra, o que não é

⁴⁹ Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *O Companheirismo*, p. 125.

⁵⁰ Fabrício Zamprogna Matielo. *União estável Concubinato – Repercussões jurídico-patrimoniais*, p. 27.

possível, é a existência de uniões estáveis concomitantemente. Não se podendo esquecer da boa-fé, pois, é possível, que um dos companheiros desconheça a vida paralela que o outro leva.

O ordenamento jurídico brasileiro, sofreu grande influência do patriarcalismo. Face a esta situação, observa-se que o dever de fidelidade não é exatamente recíproco, a infidelidade feminina sempre foi punida e reprovada com grande rigor, entretanto, com relação a infidelidade masculina sempre houve uma certa complacência, não sendo vista como o mesmo rigor⁵¹.

O elemento coabitação constou expressamente na Lei nº 8.971/94, que dispõe, em seu art. 1º. "... que com ele viva há mais de ...". Também a Lei 9.278/96, em seu art. 1º, estabelece, "...a convivência duradoura,...".

Para Luiz Augusto Gomes Varjão, a convivência exigida pelas duas Leis que regulam a matéria, só é possível, em regra sob o mesmo teto. No Estado do Rio de Janeiro, a quarta reunião realizada pelos Juizes de Direito das Varas Cíveis, de Família e Orfanológica em 19 de agosto de 1996, aprovou por maioria, o enunciado 2, assim redigido: "É indispensável a convivência sob o mesmo teto, *more uxorio*, para caracterização da união estável⁵²."

Data venia, permita-se discordar da posição de Maria H. Diniz, quanto ao requisito coabitação, como elemento essencial.

Nos tempos atuais, não é mais necessário para caracterização das uniões estáveis a convivência sob o mesmo teto. Os companheiros por disposição de cunho pessoal, por necessidade em razão de suas atividades pessoais, muitas vezes, sentem-se obrigados a morar separados, mantendo inclusive, muitas vezes, casas separadas. Situação, percebe-se, inclusive, entre casados. Este elemento torna-se importante na investigação de cada caso concreto, na somatória dos elementos que entram na formação da espécie em tela, como elemento de convicção.

É possível que homem e mulher vivam em tetos separados, mas haja uma comunhão espiritual capaz de indicar que se

⁵¹ Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira Leite. *Direito de Família – Aspectos constitucionais, civis e processuais* – vo. 4, p. 330.

⁵² Luiz Augusto Gomes Varjão. *União estável*, p.93/94.

objetive constituir uma família⁵³. Adayl Lourenço Dias, afirma que não é obrigatória à vida concubinária a existência de coabitação sob o mesmo teto. Não constitui elemento necessário visto que tanto faz a concubina morar sob o mesmo teto em companhia do varão, como separadamente.

Neste mesmo sentido se posiciona a jurisprudência. A Súmula 382 do STF, é clara: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

Quanto aos elementos secundários, temos: dependência econômica da mulher; compenetração das famílias; casamento religioso com efeito civil; casamento no estrangeiro do separado judicialmente, criação e educação dos filhos de um dos companheiros pelo outro; diferença de idade e por último existência de contrato.

Parte da doutrina elenca a dependência econômica da mulher como requisito para configuração das uniões estáveis. Às portas do século XXI tal requisito não é mais concebível. Vive-se hoje uma época em que a mulher, mais que um peso, faz parte da população economicamente e culturalmente ativa. É cidadã cômico de sua responsabilidade, enquanto, provedora de sua própria subsistência, bem como da família. A dependência econômica não é um elemento determinante para caracterização da união estável, mesmo entre os casados sua existência é irrelevante⁵⁴.

No passado, a dependência da mulher ao companheiro, era vista como indispensável para configuração da aludida união. Era situação necessária para a configuração dos efeitos previdenciários, por isso talvez, a referência de alguns doutrinadores⁵⁵.

Quanto da compenetração das famílias dos companheiros; diferença de idade; criação e educação dos filhos de um dos companheiros pelo outro; existência de contrato entre os companheiros; casamento no estrangeiro de pessoa separada judicialmente; casamento no religioso sem efeito civil e a existência de filhos entre os companheiros. Segundo, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, tais requisitos se referem a certos efeitos da união mantida,, ora se vincula a questão probatória relacionada ao

⁵³ Marco Aurelio S. Viana. Da *União estável*, p. 29.

⁵⁴ Marco Aurélio S Viana, Da *União estável*, p. 28.

⁵⁵ Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *O Companheirismo*, p. 178.

companheirismo, e que não apresenta propriamente quaisquer requisitos da união extramatrimonial⁵⁶.

No que diz respeito, a existência de filhos, a discussão surgiu face à promulgação da Lei 8.971/94, que previa no caput do art. 1º: “(...) *que com ele viva há mais de 5(cinco) anos, ou dele tenha prole,(...)*”. Adotando-se a interpretação gramatical do dispositivo citado, entende-se que para pleitear alimentos, a companheira de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, somente precisava ter um filho deste, independentemente de qualquer outro requisito. Logicamente, a interpretação aludida não estava com a *mens legis*, e contraria por completo a norma prevista na Carta Magna⁵⁷.

Destarte, sabe-se perfeitamente, que a existência de filhos não é elemento suficiente para caracterização da mesma. Infelizmente, não é uma ou duas vezes, que filhos vem ao mundo em razão de atos inconseqüentes, e porque não dizer por acidente, frutos de uma noite de sexo, ou seja, voltadas para o puro prazer carnal.

Não é possível determinar exatamente quais os elementos necessários para sua configuração. É necessário ao operador do Direito uma análise apurada de caso, de forma a coibir, a injustiça e permitindo o reconhecimento das *uniões estáveis* naquelas relações que atendam ao comando constitucional.

O Acórdão proferido pelo STJ, em 13 de outubro de 1998, que teve como Relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deixa claro esta situação: “(...) recomendável que seu arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao tempo de duração da sociedade, a idade das partes e a contribuição indireta prestada pela concubina, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.”(grifos são nossos).

5- A distinção entre concubina e companheira

No Direito Civil o conceito de companheira é acatado

⁵⁶ *Idem* p. 178.

⁵⁷ *Guilherme Calmon Nogueira da Gama. O Companheirismo, p. 178.*

quando se trata de união em sociedade de fato, ou seja nos casos em que a mulher haja contribuído com seu trabalho, exerça atividade produtiva, para o enriquecimento do patrimônio concubinário. Concubina é denominação que recebe a mulher cuja atividade se circunscreve de maneira modesta em serviços domésticos, e a sua participação se encaminha em servir à pessoa do concubino, à sua casa, prestando-lhe concurso intra parietes, cuidando do lar, e se situa mais na intimidade sem salientar-se fora daquele⁵⁸.

Edgard de Moura Bitencourt, ao fazer distinção entre concubina e companheira, diz que esta *“é a designação elevada que se dá à mulher unida por longo tempo a um homem, como se fosse sua esposa, como não existem os laços do casamento civil, é concubina”*⁵⁹.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado pela utilização dos termos companheiro(a) e convivente em objeção a concubino(a), principalmente em se tratando de união estável.

A expressão companheiro foi utilizada pela primeira vez na legislação previdenciária no Decreto nº 72.771, de 06 de setembro de 1973, de 06 de setembro de 1973 – Consolidação das Leis da Previdência Social. A Lei 6.015/73, Lei dos Registros Públicos, ao tratar da alteração do nome da mulher, utiliza-se da expressão companheiro.

Posteriormente, a Lei 8.245/91, ao tratar da sub-rogação nos direitos de locação de imóvel residencial, nos casos de morte do companheiro ou de dissolução da relação concubinária; a Lei 8.213/91, que dispôs sobre os benefícios previdenciários e a Lei 9.250/95, que dispôs sobre a regulamentação tributária, também se utilizaram da expressão companheiro⁶⁰.

O Decreto 611, de 21 de julho de 1992, que deu nova redação ao Regulamento dos Benefícios da Previdência Social em seu art. 13, §§ 5º e 6º, define muito bem o que vem a ser companheiro(a) e a espécie sob análise.

⁵⁸ *Adayl Lourenço Dias. A Concubina e o Direito Brasileiro, p. 40/41.*

⁵⁹ *Edgard de Moura Bittencourt. Concubinato, p.17.*

⁶⁰ *Claudia Grieco Tabosa Pessoa. Efeitos Patrimoniais do Concubinato, p.30.*

“Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada.”

“Considera-se união estável aquela verificada entre homem e mulher como entidade familiar.”

Observa-se que as leis ordinárias concederam diferentes denominações aos membros da união estável. A Lei 8.971/94, denominou homem e mulher de companheiros.

A Lei 9.278/96, por sua vez, substituiu a denominação companheiro por convivente. A palavra convivente vem de convivência, que significa *“ato ou efeito de conviver; convívio; trato constante, diário”*⁶¹. Nenhum defeito na substituição, pelo contrário parece ser adequada. No entanto, a determinação e nomeação dos sujeitos de uma relação informal, vai depender menos da vontade do legislador e mais da prática reiterada através do costume. Pode-se sentir, uma tendência, na utilização da expressão companheiro(a), não caindo no gosto, nem do povo, nem da jurisprudência, a expressão convivente.

Ademais, após a Constituição de 1988, parece de boa técnica, que quando se tratar de uniões desta natureza, sejam utilizadas as expressões companheiro ou convivente. Continua a existir, contudo, o concubinato, a relação passageira, furtiva, sem maior lastro, em que não se tem a intenção de relação duradoura, estável⁶².

Os Tribunais, também têm adotado enfoques diferenciadores. O STJ, em acórdãos proferido mencionam “concubina” e “companheira” deixando claro esta tendência. Ac. STJ na RT 651/170. Aquela seria a mulher dos encontros velados, freqüentada ao mesmo tempo pelo homem casado, na constância do convívio com sua esposa legítima, situação imoral, que nem a sociedade admite e a lei nenhum amparo poderia dar. A “companheira”, ao invés, é a que vive com homem solteiro, viúvo ou

⁶¹ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*, p.143.

⁶² Marco Aurelio S. Viana. *D União estável*, p.20.

separado da esposa, como se casados fossem legitimamente, por isso gozando de certos direitos, como reconhecem as leis fiscais e previdenciárias.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, com o voto condutor do Ministro Sálvio de Figueiredo (RSTJ 3/1/075), traçou a linha divisória entre a companheira e a concubina, na linha de anteriores julgado do Supremo Tribunal Federal. Para o Superior Tribunal de Justiça a concubina é *“a amante, a mulher de encontros velados, freqüentados pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa legítima. (RE 83.930-SP, rel. Min. Antônio Neder, RTJ 82/933), e a companheira “é a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que a apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem”.* (RE 49.185, RF 197/97).

6- Conclusões

Pretendeu-se neste breve estudo trazer à baila o novel instituto denominado, **união estável**. Após a revolução sexual dos anos 60, a união livre é, de longe, a única que aproveitou todas as evoluções, reformas e liberalizações recentes, afirmação que não comporta qualquer julgamento de valor, porém de mera constatação⁶³.

Trata-se na verdade de uma conquista da sociedade, como ensina Miguel Reale, o direito é fruto das experiências sociais. É um instituto em construção, esta conclusão fica clara quando da análise do requisitos necessários à sua existência. A existência ou não de alguns requisitos é motivo de divisão doutrinária.

Para resolver este impasse, no que concerne aos seus requisitos construtores, deve-se analisar a união como um todo, ou seja, considerando-se o conjunto de requisitos, pois, um é conseqüência do outro.

Mais do que um instituto em construção, representa a quebra de regras morais incrustadas no meio social há séculos. É forma de constituição que tem como substratos principais o amor e a da vontade de viver juntos como família. É prova de que o casamento não mais representa um modelo único de formação da família.

Mesmo após a promulgação das Leis 8.971/94 e

⁶³ Eduardo de Oliveira Leite. *Famílias Monoparentais*, p. 45.

9.278/96, a união estável, continua a se realizar sob o auspício da informalidade, ou seja, homem e mulher que escolhem esta forma de união, buscam, na verdade a manutenção da liberdade.

Entretanto, a situação de total responsabilidade pela pessoa do outro é impossível. Se o início do amor não coincidem no coração de um homem e uma mulher, o máximo, que pode acontecer ao final, é a dor de um amor não correspondido.

Quando uma união desta ordem chega ao fim, o que se tem pela frente é muito mais do que a dor de um amor não correspondido. Muitas vezes existem filhos, patrimônio, um projeto de vida em comum, ou o que é pior, um projeto de vida abortado em função do outro companheiro. Superada a dor da perda, vem à tona os efeitos de uma união, que, então, conclui-se não é tão “livre”.

O Direito de Família e, mais precisamente a categoria, que foi objeto deste estudo, é criação jurídica e ideológica, que se desenvolve no seio da sociedade, cujos reflexos por serem importantes para a realização das relações interpessoais e paz social, passou, através do Estado - pelo seu poder legiferante - a ingressar no mundo jurídico, transitando de fato social à fato jurídico, sendo possível sua análise sob o plano de existência, validade e eficácia.

Atualmente, homens e mulheres, se quiserem, estabelecer uniões livres, no sentido lato da palavra, terão descobrir outra forma de união. A partir da promulgação da Constituição de 1988 e das Leis 8.971/94 e 9.278/96, em sede de **união estável**, livre, somente a sua constituição, uma vez, presente o instituto, os efeitos da lei incidem independentes da vontade dos companheiros. Portanto, optar pela união livre com o intuito de fugir dos efeitos do casamento é coisa do passado.

7 - Referências Bibliográficas

AMORA, Antônio Soares. Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa. São Paulo: Saraiva, 1998.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. Concubinato. São Paulo: Universitária, 1980.

_____. Família. São Paulo: Universitária, 1983.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Direito de Família – Mudanças. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1985.

CZAJKOWSKI, Rainer. União Livre. Curitiba: Juruá, 1997.

DANTAS, San Tiago. Direitos de Família e das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Adahyl Lourenço. A Concubina e o Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1988.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro 5ºV. São Paulo: Saraiva, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos Críticos do Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. O Companheirismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro: Sergio Antônio Fabris, 1983.

_____. O Novo Direito de Família. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris 1984.

JÚNIOR, Aluísio Santiago. Direito de Família, Aspectos Didáticos. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família – Aspectos Polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MIRANDA, Pontes. *Direito de Família – Exposição Técnica e Sistemática do Código Civil*. São Paulo: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

_____. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo I, 2º ed.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1990.

NASSER, Jussara Suzi Assis Borges. *Casamento por Comportamento*. São Paulo: Forense, 1990.

PEDROTTI, Irineu Antonio. *Concubinato – União estável*. São Paulo: Leud, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. *Concubinato e União estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. *Direito de Família Uma Abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – V 5º - Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. Efeitos Patrimoniais do Concubinato. São Paulo: Saraiva, 1997.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1981.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família – V. 1. Rio de Janeiro: Aide., 1994.

ROQUE, Sebastião José. Direito de Família. São Paulo: Ícone, 1994.

SOUZA, Aida Maria Loreda Moreira de. Aspectos Polêmicos das Uniões Estáveis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Tema de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VAITSMAN, Jeni. Flexíveis e Plurais. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União estável**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1.999.

VELOSO, Zeno. **União estável**. Pará: Cejup, 1997.

VIANA, Marco Aurélio S.. Curso de Direito Civil – V. 2. Belo Horizonte: Del Rey: 1993.

_____. Da **União estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Revista de Processo – Ano 21 – nº 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Repertório de Doutrina sobre Direito de Família – Aspectos constitucionais civis e processuais. Vol.4. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Recebido em: 03/02/99

Aceito em: 18/04/99