

**UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ**

# **As Garantias dos Companheiros na Lei 10.406/02**

Trabalho acadêmico apresentado  
como atividade gradual da  
disciplina “Direito Civil V”, do  
Curso de Direito, Professora  
Adayl, 7º Período, Turma 3-019.

Alexandre Magalhães de Mattos • 2000128599  
José Monteiro Lysandro Junior • 2000100984  
Lindomar de Souza Freitas • 2000125045  
Lílian dos Santos da Silva • 1998145003  
Rodrigo Bittencourt dos Santos • 2000121300



## SUMÁRIO

<b>Evolução Histórica da Família</b>	<b>3</b>
<b>Relacionamento amoroso no Brasil — Histórico</b>	<b>3</b>
Família Casamento e Namoro	3
a) Família	3
b) Casamento	3
c) Namoro	4
Novos Arranjos Amorosos	6
Direito de Família no Século XXI	6
a) Primeiro Eixo: homens e mulheres são iguais perante a lei.	8
b) Segundo Eixo: O sistema de filiação.	9
c) Terceiro Eixo: formas de família	9
O que garante a existência de uma família?	10
<b>União Estável</b>	<b>12</b>
Introdução	12
Conceito	13
Dissolução das Uniões Estáveis	15
a) Alimentos	15
b) O patrimônio dos conviventes	16
c) As relações com terceiros e outorga para venda de imóveis	16
d) O direito ao nome do companheiro	16
A Legislação antes da CF/88 e depois	17
A Constituição Federal de 1988 e a legislação posterior	18
<b>Referência Bibliográfica</b>	<b>19</b>

## **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA RELACIONAMENTO AMOROSO NO BRASIL — HISTÓRICO**

### **Família, Casamento e Namoro**

Quando se fala do relacionamento amoroso dos indivíduos é preciso ter bem claro que eles carregam na sua história pessoal, consciente ou inconscientemente, fragmentos de muitas das mudanças pelas quais têm passado a família, o casamento e o namoro. Assim, uma breve análise dessas mudanças é essencial.

#### *a) Família*

Até o século XVII a vida era vivida em público. Os cômodos de uma habitação não eram isolados uns dos outros, não havia separação entre a vida mundana, a profissional e a privada. Não havia intimidade. A família não existia como sentimento ou como valor, mas sim como realidade vivida, uma realidade moral e social mais do que sentimental: seu papel era assegurar a transmissão da vida, dos bens e do nome. Durante os séculos XVI e XVII surgiu no meio familiar uma atenção especial em relação à criança.

O desenvolvimento do sentimento da família acompanhou o desenvolvimento da vida privada, da intimidade doméstica. A família transformou-se ao mesmo tempo em que modificou as suas relações com a criança. Desde o século XV até o século XVIII esse desenvolvimento se limitou às classes abastadas. A partir do século XVIII ele se estendeu a todas as camadas. A família começou a manter a sociedade à distância e a delimitar um espaço privado. A casa se reorganizou fisicamente para acomodar essa independência e garantir maior intimidade à família, agora reduzida a pais e filhos.

Com a modernização da sociedade e o desenvolvimento cultural a importância da família, que inicialmente era política e real, passa a ser cada vez mais psicológica e ideal.

Nas sociedades aristocráticas e hierárquicas as famílias permaneciam séculos na mesma situação e no mesmo lugar. O homem e a mulher tinham sempre seus lugares (espaços) bem determinados.

O fato de o modelo familiar sofrer um processo de transformação não significa necessariamente que ele tenha se tornado inoperante ou falido. Existe hoje no Brasil uma “nova família”, que entretanto tem como ponto de referência básica — repudiando-a e/ou repetindo-a — a “família tradicional”.

#### *b) Casamento*

Por volta do século X havia dois modelos opostos de casamento, o dos nobres e o da Igreja. Nas sociedades aristocráticas o casamento era um acontecimento ao mesmo tempo privado, pois se passava em casa, e público, já que espectadores testemunhavam a realidade do ato e davam o seu assentimento. Consistia num tratado onde uma família dava uma mulher e a outra família a recebia em troca de um dote. Não era necessário,

nem desejável, que todos os filhos se casassem. Se isso ocorresse a família corria o risco de perder riqueza e poder. A última etapa da cerimônia do casamento, considerada o grande momento, era a ida dos jovens esposos para a cama; também isso era observado pelos presentes, que mais uma vez comprovavam a realidade dos fatos.

Durante os séculos XI e XII a Igreja começou a intervir cada vez mais diretamente no casamento com o objetivo de controlá-lo e aproximá-lo do modelo sacramental que estava sendo definido e fixado. Desde que o casamento fosse regularmente consentido, ele passava a ser único e indissolúvel. A partir do século XIII a preocupação da Igreja em relação ao casamento se deslocou. Passou da indissolubilidade e da monogamia (aspectos que já haviam sido aceitos pela aristocracia) para a natureza pública e institucional do casamento.

O ato matrimonial, que tradicionalmente era feito em casa, foi transferido para as portas da igreja. O papel do padre, até então ocasional, tornou-se cada vez mais importante e essencial. A Igreja, ao desenvolver uma doutrina do casamento, acentuou a importância do consentimento dos dois esposos. Entre os séculos XIV e XVI o compromisso recíproco do casal, sua doação mútua, representou uma grande mudança de mentalidade. Foi somente no século XVII que as cerimônias de casamento passaram da porta da igreja para o seu interior.

Se a Igreja acentuou o papel do consentimento dos dois esposos, ela fortaleceu também um fenômeno que persistiu até o século XVIII: a diferença entre o amor no casamento e o amor fora do casamento.

Dentro da moral cristã, na sociedade antiga o casamento não consagrava um relacionamento amoroso, mas sim um negócio de família. Ele não existia para o prazer próprio (dos esposos); era um contrato entre duas famílias, e para que ele existisse por toda a vida era necessária uma “regra de vida conjugal”. As prescrições morais falavam da dívida conjugal e da não pertinência de um amor em excesso no casal. O amor no casamento exigia uma “reserva”, e o amor fora do casamento era visto como amor-paixão.

Os teólogos fizeram uma oposição entre por um lado o casamento que tinha por finalidade a procriação e por outro as relações amorosas que foram associadas à busca do prazer excessivo. Receava-se que um amor apaixonado entre os cônjuges prejudicasse o relacionamento social e o amor devido a Deus. Esperava-se que a mulher se cercasse de uma certa reserva, que não se entregasse ao marido com a paixão provocante, por exemplo, de uma cortesã. Não só a mulher mantinha um amor-reserva; o homem também devia amar a esposa com discernimento e controlar os seus desejos.

O casamento não era uma instituição voltada para o erótico. Em princípio, pelo menos, ele tinha uma função apenas social e econômica, o ato sexual, só devia ser cumprido quando o marido assim o desejasse. Entretanto a finalidade devia ser sempre a da procriação, e o objetivo era apagar o desejo, e não aumentá-lo ou fazê-lo durar. O marido tinha a obrigação de prever o desejo da mulher, já que ela não podia confessá-lo. Fora do leito conjugal, e no próprio ato sexual, o homem era supostamente superior e ativo em relação à mulher.

A partir do século XVIII cresceu pouco a pouco no Ocidente um ideal de casamento no qual os esposos deveriam se amar, ou ao menos fazer de conta que se amavam, como dois amantes. É também durante os séculos XVIII e principalmente XIX que cresce o ideal romântico, e com ele uma nova noção de indivíduo. O amor romântico é baseado numa escolha individual, feita por sentimentos individuais, e não mais numa escolha feita pelo grupo como resposta social.

Nas sociedades modernas, igualitárias e individualistas ocorre uma expansão do círculo social, o que altera o tipo de escolha dos cônjuges e a noção de liberdade. Com a expansão do círculo aumenta o número de parceiros conjugais possíveis, e assim a seleção individual torna-se muito mais rigorosa e totalmente pessoal. A liberdade individual é limitada pela individualidade. As necessidades são específicas, e a escolha do cônjuge é (ou idealmente deveria ser) expressão inequívoca do desejo de um indivíduo singular.

### *c) Namoro*

O namoro tradicional estava sempre referido ao processo do casamento, à escolha de cônjuges. A primeira fase do namoro era secreta, apesar de se passar em torno do lar (na porta ou no portão do jardim). Esses encontros podiam durar meses ou anos e se estendiam até que o “candidato” tivesse condições econômicas para pedir em casamento a sua escolhida. A moça procurava esconder da família, principalmente do pai e dos irmãos mais velhos, o interesse pelo rapaz e os seus encontros com ele. Depois de um certo tempo havia uma cumplicidade com a mãe e as empregadas domésticas. Os irmãos deviam defender as irmãs dos “rapazes mal-intencionados”, e o pai, se descobrisse um namoro, não demonstrava sabê-lo ou então, caso julgasse inconveniente, poderia forçar o encerramento. Não se mencionava o assunto e tampouco o namorado era aceito na casa dos pais da moça. Isso só viria a ocorrer se houvesse entre a moça e o rapaz sinais de um “compromisso merecedor de confiança”, um comprometimento, uma promessa de casamento.

O controle exercido sobre o casal durante o namoro tinha como objetivo a preservação da honra, da reputação e da pureza, representada pela virgindade e que constituía o supremo bem de troca para o matrimônio. O namoro não tinha um fim em si mesmo e não era considerado passatempo ou gozo de satisfações imediatas da afetividade. Como o namoro era “para casar”, não se concebia namorar mais de uma pessoa ao mesmo tempo. Se o(a) namorado(a) descobrisse que a(o) namorada(o) tinha interesse ou dava atenção a outra pessoa, ele(a) poderia se sentir ofendido(a) e terminar o namoro.

Esperava-se de uma moça séria e educada que fosse cautelosa e comedida; ela não devia buscar uma aproximação imediata, caso contrário ficaria “falada”. Somente uma “moça oferecida” cederia fácil e rapidamente. A existência de um namoro ou, pior ainda, de um noivado que não tivesse resultado num casamento significava um prejuízo para a reputação da moça.

As famílias dos futuros cônjuges deviam ser semelhantes em termos de educação, cultura, nível social, religião e identidade.

A fase posterior ao namoro era o noivado, que também podia durar meses ou anos.

Hoje os costumes relacionados ao namoro são outros, embora seja possível observar resquícios do namoro tradicional. A mudança maior parece ser a quebra do vínculo entre namoro e casamento. Isso não significa que não haja mais relação entre os dois códigos de relacionamento, mas sim que não existe obrigatoriedade. No namoro de hoje as pessoas têm maior liberdade, o que significa uma grande mudança principalmente para a mulher. A família já não exerce um papel tão fundamental de vigilante. É possível namorar pelo prazer da relação, é permitido namorar várias pessoas antes de se casar (se o casamento for a escolha do sujeito). As variações existentes no namoro de hoje são muitas, mas um aspecto do namoro tradicional continua presente: o compromisso. Hoje o compromisso não remete o casal necessariamente ao casamento, porém ele pressupõe — ao menos em tese — um vínculo estável, monogâmico e fiel.

### **Novos arranjos amorosos**

Como podemos ver nesta breve história da família, do casamento e do namoro, os interesses, os valores, os ideais, as regras e os costumes foram mudando paulatinamente. Já nas sociedades modernas, industrializadas e urbanas, pelo contrário, nunca a realidade e os ideais se transformaram (e continuam se transformando) tanto e em tão pouco tempo. Nunca tampouco coexistiram realidades e ideais tão diferentes quanto os que coexistem hoje. Se pensarmos num país como o Brasil essas diferenças ficam ainda mais marcantes. Diferenças visíveis e invisíveis, macroscópicas e microscópicas, operantes e inoperantes; diferenças de um país de antagonismos.

O prazer sexual começou a deixar de ser visto como intrinsecamente pecaminoso à medida que na sociedade urbana e consumista a religião perdeu influência e deixou de ter o peso que tinha na determinação dos valores e comportamentos do indivíduo. A liberação sexual, o movimento feminista e a introdução da pílula (e a conseqüente queda da fecundidade), a crescente ideologia do igualitarismo, tudo isso trouxe mudanças profundas para dentro da família. A quebra das rígidas fronteiras entre as categorias homem–mulher, e adulto (pais) – criança (filhos) propiciou a construção de uma “nova família”.

### **Direito de Família no Século XXI**

Para introduzir o tema sobre Direito de Família no Século XXI, temos que relembrar a noção sobre a família a partir do momento em que ela deixa de ser um núcleo econômico e de reprodução e passa a ser um espaço do amor, do afeto, e isso traz uma outra compreensão.

Essa questão do afeto ficou fora do novo Código, porque o Código Civil é um Estatuto que pretende reger as relações civis do Século XXI, mas as concepções morais são ainda do século anterior.

Então, já que no novo Direito de Família, com essa nova concepção, fala-se do amor, do afeto, até de um discurso trazido a partir da compreensão mais profunda do

que é família, vou começar falando do afeto usando as palavras de Afonso Romano de Sant'anna.

Esse texto está no livro **O Homem que Inventou o Amor** e o nome dessa crônica é “Antes que elas cresçam”:

“Há um período em que os pais vão ficando órfãos dos próprios filhos. É que as crianças crescem. Independente de nós, como árvores e pássaros estabados, elas crescem sem pedir licença. Crescem como a inflação, independente do governo e da vontade popular. Entre os estupros dos preços, os disparos dos discursos e os assaltos das estações, elas crescem como uma estridência alegre e às vezes uma alardeada arrogância. Mas não crescem todos os dias de igual maneira. Crescem de repente.

O que é o Direito de Família, hoje, senão a regulamentação das relações de afeto e das conseqüências patrimoniais daí decorrentes?

Para que nós possamos entendê-lo, é preciso pensar alguma coisa em torno de uma moral sexual dita civilizatória, como diz Freud. Mas, para pensar no Direito de Família, o direito sempre buscou ajuda em outros campos do conhecimento, sendo difícil imaginar o Direito de Família sem a ajuda e a intervenção da psicanálise.

Mas, o que é a psicanálise? Psicanálise é esse campo do conhecimento, “inventado” por Freud, quando ele descobriu ou revelou ao mundo a existência do inconsciente. E esse inconsciente estava diretamente ligado a sexualidade.

A partir da compreensão desse inconsciente da sexualidade, percebemos que a sexualidade não é apenas da ordem da genitalidade, mas da ordem do desejo, o pensamento contemporâneo toma um outro rumo. E o pensamento jurídico também absorve isso.

Com isso podemos dizer que há duas grandes questões do Direito de Família a serem enfrentadas.

A primeira delas indaga: *qual é o limite de intervenção do Estado na vida privada do cidadão?*

E o novo Código Civil não responde a isso, portanto, na contramão da história. Por exemplo, será que o Estado pode dizer que existe um culpado pelo fim da conjugalidade?

*Será que o Estado poderia fazer um “estatuto do concubinato” tão detalhado?* Então, ele acaba com o concubinato porque todo mundo, agora, está praticamente casado, mesmo quem não queira.

Muitos leigos em direito, e também muitos alunos de direito, tem a idéia de que, ao se “namorar” por mais de 2 anos com uma pessoa já está instituído o concubinato.

A segunda grande questão está em que na objetividade dos atos e fatos jurídicos permeia uma subjetividade: *por que eu caso, separo, pago pensão, não pago, reconheço a paternidade?*

Enfim, todos esses atos e fatos jurídicos eles estão permeados, entremeados de uma subjetividade. Então aí a revelação de Freud: a existência de um outro sujeito, o sujeito inconsciente, o sujeito de direito, que é também um sujeito de desejo.

Esse sujeito, o desejante, ele é quem faz, pratica, o ato jurídico. Ele é quem determina. Entender isso é importantes para nós operadores do Direito de Família, entender como é o funcionamento da alma humana, a psiquê. Para entendermos como é a estrutura do litígio e, inclusive, para exercer mais eticamente a nossa função como advogado, como juiz, como promotor, enfim, como operadores do Direito.

Nós podemos constatar isso na própria Constituição de 1988: toda essa movimentação, essa compreensão do sujeito de direito, do sujeito de desejo, da exclusão, da inclusão, da cidadania. E aí vem a Constituição e absorve todo esse discurso e o traduz objetivamente e faz uma grande revolução no Direito de Família a partir de 3 eixos básicos.

E o novo Código Civil está sempre ligado a um desses 3 eixos, o que é uma nova concepção da vida.

*a) Primeiro Eixo: homens e mulheres são iguais perante a lei.*

É um discurso que não é muito fácil e o Código Civil tentou adequar isso, mas não conseguiu porque ele entra num discurso moral e moralista. Por exemplo, no artigo 1520, que significa, em última análise, que o casamento salva a honra da mulher. O casamento continua salvando a honra da mulher.

Em Minas Gerais um homem pediu autorização para se casar, ele tinha 17 anos e a mulher 21. O Tribunal autorizou dizendo: “*Nós podemos julgar contra a lei. Apesar de não estar previsto, nós vamos julgar contra a lei porque assim nós vamos estar fazendo um bem social. Nós vamos evitar que a mulher venha a se prostituir.*” Esse julgado tem seis anos. No ano passado o Tribunal de Justiça de São Paulo deu um julgado idêntico, autorizando o casamento da mulher, *senão ela poderia vir a se prostituir.*

Enfim, essa igualdade não é muito simples porque, na medida em que a Constituição fala numa igualdade genérica, ela se torna mais abstrata e, quanto mais abstrata, mais injusta pode ser.

O novo Código Civil, tentando igualizar isso, o que fez?

Diante do princípio da igualdade, os homens com mais de 60, as mulheres com mais de 50 só podem se casar pelo regime da separação total de bens. Considerando o princípio da igualdade, o novo Código Civil passou tudo para 60 anos.

Isso foi uma tentativa de igualizar os direitos entre homens e mulheres, mas se esqueceram de que a coisa é muito mais adiante, de que o discurso psicanalítico traz a compreensão da responsabilidade do sujeito.

Há uma frase de Lacan que diz “*todo sujeito deve responder pelos seus atos*”.

Isso traz uma outra compreensão, inclusive para a curatela.

Claro que o espírito da lei, e a lei tem sempre um espírito — já dizia Montesquieu, no século XVII — é para se evitar o “golpe do baú”. Mas, será que hoje, nessa nova concepção, diante das concepções do amor, do afeto, será que isso não estaria contraditório?

Um Presidente da República, com mais de 60 anos, pode tomar as decisões mais importantes para a nação mas ele não pode escolher o seu regime de bens.

*b) Segundo Eixo: O sistema de filiação.*

A Constituição, no artigo 227, § 6º, interferiu no sistema de filiação dizendo que estão proibidas as designações discriminatórias e acabou a distinção entre filho legítimo e filho ilegítimo.

Isso foi um passo adiante para uma nova compreensão e o Código Civil também perdeu uma boa oportunidade para compreender a paternidade sócio-afetiva.

Paternidade sócio-afetiva é a idéia, talvez, da verdadeira paternidade. O instituto da adoção só existe porque as pessoas entram naquela relação e exercem funções e isso também é um conceito da psicanálise: função paterna, função materna.

Então, essa concepção da paternidade, particularmente da adoção como verdadeira paternidade, é uma nova concepção em que temos que pensar, a paternidade sócio-afetiva.

Indo mais adiante, basta pensarmos que, se cada um de nós chegasse em casa hoje e descobrisse que aquele pai, que faz a imagem paterna, não é o nosso pai, não é o nosso pai biológico. O que isso mudaria na nossa vida?

Ou, então, se descobríssemos que o nosso filho, o filho que nós criamos, não é o nosso filho biológico, ou porque houve um engano na maternidade, ou porque houve um equívoco qualquer, o que isso mudaria? Ele deixaria de ser pai ou o outro deixaria de ser filho?

Essas questões são novas e precisam ser pensadas no ordenamento jurídico brasileiro. Então, isso é a nova noção da paternidade, que é a paternidade sócio-afetiva.

*c) Terceiro Eixo: formas de família.*

Segundo a Constituição, no artigo 226, existem várias formas de família, não apenas a família constituída pelo casamento, mas também as famílias mono-parentais, ou seja, qualquer dos pais que vive com seus descendentes e também as famílias constituídas pela união estável.

O ECA faz uma grande revolução, inclusive no sistema de filiação, mas, também, juntando com esse terceiro eixo, quando ele faz um corte epistemológico mesmo nessa compreensão, e introduz a expressão família substituta.

Então, esta família, por exemplo, de uma avó que viva com a sua neta, de dois irmãos que vivem juntos, tudo isso passa a ser muito importante, inclusive para caracterização de bem de família. Por exemplo, um casal que se separa e a guarda do filho está com a mãe, o apartamento em que o pai vive pode ser penhorado? Nessa hipótese, se tivesse uma guarda compartilhada, já mudaria.

O instituto de guarda compartilhada instala um outro paradigma porque ele vem trazer uma outra noção de que a separação é dos pais e não dos filhos. Os pais se separam, mas os filhos não precisam se separar.

Essas noções de família, ou seja, essas representações sociais da família são diversas. E atualmente são muitos os arranjos familiares. Hoje já se pergunta: será que dois homens constituem uma família?

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul diz que sim: é uma união estável.

Fala-se de adoção por homossexuais. A Desembargadora Maria Berenice Dias escreveu um livro sobre isso e traz uma outra expressão para desestigmatizar as relações, assim como substituiu a palavra desquite para separação judicial, porque isso traz uma carga de preconceito muito grande. Essas palavras veiculam o significante. Assim como se substituiu concubinato pela união estável, ela substituiu homossexual por homo-afetiva.

Os novos arranjos familiares, agora com essa nova expressão *relações homo-afetivas*, vêm traduzir uma nova concepção que está vinculada à questão da cidadania, que é a palavra de ordem da contemporaneidade, que significa incluir todas essas pessoas no contexto social e jurídico.

E aí nos deparamos com o grande desafio do Direito de Família: *o que é família?*

O conceito tradicional de família, que está escrito nos manuais, é um homem, uma mulher, constituída pelo casamento etc. Não é nada disso mais.

Os três elementos que sustentaram, sempre, o Direito de Família estão desatrelados, ou seja: sexo, casamento e reprodução. Não é mais necessário sexo para se reproduzir. O casamento não é mais a única forma de legitimar as relações sexuais porque o Direito, como um instrumento ideológico, vai incluindo ou excluindo, legitimando, ou não.

Então, foi assim que ele ilegitimou as famílias sem o selo da oficialidade do casamento, bem como os filhos havidos fora do casamento.

Precisamos pensar a família em qualquer agrupamento, em qualquer espaço, em conceitos não estigmatizantes. Lacan diz que família é uma estruturação psíquica onde cada membro ocupa um lugar, uma função. São lugares estruturantes, estruturantes do sujeito.

Basta verificarmos as famílias constituídas pelo casamento civil, religioso. Não há garantia de que essas famílias são felizes. Nós não temos essa garantia, infelizmente. Nós não temos garantia nem que o amor vai durar, vide a Lei do Divórcio. O casamento acaba, o amor acaba.

Mas essa noção de família, com lugares em que as pessoas entram, ocupam lugares de sujeitos estruturantes, lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filho, isso é que vai dando a noção.

### **O que garante a existência de uma família?**

Não é, necessariamente, o casamento, as famílias tradicionais conforme o que o Direito sempre diz que é uma família.

Essa compreensão da família do século XXI que traz consigo esse novo discurso sobre a sexualidade, porque a sexualidade não é da ordem da genitalidade, mas da ordem do desejo.

Essa é a nova concepção da família no século XXI. É um desafio contínuo, de se estabelecer um conceito sobre o que é família.

Isso tanto é verdade que basta que exista o milenar instituto da adoção. Se não fosse assim, a adoção nem seria possível. A adoção só existe porque alguém entra ali naquela função de filho, de pai, de mãe. O ECA traz essa nova concepção da família como estruturação psíquica quando ele fala de família substituta.

Outra noção do Direito de Família porque ele não é somente o afeto, mas é também o desafeto; não é somente o amor, mas também é o desamor. Aliás, esse amor que vai parar na justiça, no Judiciário.

Então, dentro dessa noção, dessa estrutura do litígio, se nós operadores do Direito entendermos como é esse funcionamento, nós poderemos exercer mais eticamente a nossa *praxis* de advogado, de operadores do Direito.

Muitas frases e lamentações são constantemente ouvidas pelos advogados que trabalham com Direito de Família. Instala-se, então, o litígio conjugal. As partes, não tendo capacidade para resolver seus próprios conflitos, transferem essa responsabilidade para um juiz. E o amor, quem diria, foi parar na justiça. O Judiciário é o lugar onde as partes depositam seus restos. O resto do amor e de uma conjugalidade que deixaram a sensação de que alguém foi enganado, traído. Como a paixão arrefeceu e o amor obscureceu, o meu bem transforma-se em meus bens.

É impressionante como as versões de um mesmo casamento apresentam-se completamente diferentes, segundo o ângulo de cada parte. Quem terá razão nesse fim de casamento? Existe uma verdade para o litígio conjugal? Ou são apenas versões que fazem aversões? O Direito insiste em dizer que existe um culpado.

Quando a conjugalidade chega mesmo a um final, quando o amor e o desejo acabam e não há mais interesses comuns para dar continuidade à relação, a separação, embora dolorosa, faz-se sem ódio e sem brigas. Mesmo assim, há sempre uma sensação de perda e, novamente, o ser humano depara-se com o seu inexorável vazio. Mas, contra a isso não há remédio. Somos mesmo seres de falta, portanto, algo em nós sempre faltará.

O litígio conjugal, além de ser um sintoma de que algo ainda está para ser resolvido entre o casal, é uma tentativa de não perder nada. Todos dizem: só quero os meus direitos. Mas todos têm sempre a sensação de que estão perdendo algo e transferem essa perda para o valor da pensão alimentícia, discussão da guarda de filho, patrimônio etc. Instala-se então o litígio para que um saia vitorioso, como se houvesse um perdedor e um ganhador. Ambos querem ganhar o máximo possível, procurando tamponar a inevitável perda da separação.

E quando essa separação se concretiza, quando os filhos ficam sob a guarda de apenas um dos cônjuges, dos avós e, até mesmo, de parentes distantes, indagamos novamente, o que é família?

## UNIÃO ESTÁVEL

### Introdução

De efeito, tendo como novo fundamento o sentimento humano, a família prescindiu do contrato solene denominado “casamento” para sua constituição/existência, eis que, deste não nasce, por óbvio, aquela. Nisto reside, no nosso entendimento, a natureza sócio-jurídica da união estável: fato gerador alternativo e natural da família.

Reconhecida hodiernamente como entidade familiar - A Constituição brasileira, no art. 226, §§ 3º e 4º, considerou a união estável, como o fez relativamente à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. No texto constitucional, a família continua sendo a base da sociedade, mas independe de casamento. Entretanto, a CF não promoveu uma equiparação entre casamento e união estável; afastou essa figura do direito das obrigações (onde ainda estão as uniões – sociedades de fato – entre pessoas do mesmo sexo) e a competência para julgar saiu da Vara Cível – sociedades de fato – para as Varas de Família (art. 9º da lei 9.278/96). Convém ressaltar que a união a merecer tutela é a que se reveste de solidez e estabilidade. O casamento continua sendo o instituto básico, uma vez que a CF determina ao legislador ordinário que facilite a conversão da união estável em casamento.

Não obstante, sua existência factual nunca foi negada, ao revés, mesmo em Roma já foi premiada com conotações jurídicas, conquanto tímidas, sendo conceituada como “casamento inferior”.

“No Baixo Império torna-se o concubinato um casamento inferior, embora lícito. Com os imperadores cristãos começa a receber o reconhecimento jurídico.” (Ebert Chamoun, Instituições de direito romano, Forense, 1957).

No direito comparado, entretanto, sua importância jurídica extrapolou sua acessoriedade em relação ao casamento para se constituir verdadeiramente em “nova” forma de constituição da família.

Assim, na década de 30, a extinta URSS, em sua legislação referente a direito de família, por meio de Código próprio, desvinculava o matrimônio da família, sendo aquele mera alternativa de existência desta.

Em Cuba, em meados da década de 70, o legislador, também por diploma legal próprio, dispunha sobre o matrimônio não formalizado. Além destes, muitos outros países possuem, atualmente, legislação própria sobre o direito de família, e, nesta, vislumbram efeitos jurídicos para a união estável, incluindo, por outro lado, esta no extenso ramo do direito familiar.

No Brasil, talvez devido à excessiva pressão exercida sobre nosso legislador pelas igrejas e segmentos isolados da sociedade, a jurisprudência, para minimizar as injustiças que vinham ocorrendo no caso concreto, deu roupagem societária - no sentido de auferição de lucros e cumulação de patrimônio - a união estável. Tal heresia jurídica

foi, a tempo, corrigida pela "Constituição-cidadã", determinando, em seu texto, que lei infraconstitucional facilite sua conversão em casamento.

Posteriormente à Constituição Federal de 1988, foram editadas as leis 8.971/94, que dispõe a respeito do direito dos companheiros à *alimentos* e à *sucessão* e a Lei 9.278/96, regulando o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Uma não revogou a outra, vez que a lei 8.971/94 contempla o direito à sucessão, matéria estranha à Lei nº 9.278/96; o que autoriza dizer que a Lei 8.971/94 continua em vigor no que tange ao direito sucessório.

No direito brasileiro, os termos que foram sendo sucessivamente utilizados para as situações que envolvam uniões de fato são: *concubinato* – união não legalizada de caráter contínuo, duradouro; *concubinagem* – ligações livres de cunho eventual e transitório; *união estável* – a CF/88 adotou essa expressão; *concubinos* – eram os integrantes do concubinato; *concubina* e *companheira* – a jurisprudência distinguia os termos no terreno da capacidade passiva para o testamento; no campo previdenciário *companheira* mereceu acolhida; lei 8.974/94 – optou pelos vocábulos *companheiro* e *companheira*. A Lei 9.278/96 usa o termo *conviventes*.

Em suma, o legislador pátrio substituiu o vocábulo *concubinato* por *união estável*; *concubino/concubina* por *conviventes*. Continua, entretanto, a existir o concubinato significando relação furtiva, passageira, não duradoura.

## Conceito

É a convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando a constituição de família (VIANA, 1999, p. 29). Alguns elementos importantes para a configuração da união estável são extraídos desse conceito: fidelidade presumida dos companheiros, notoriedade e estabilidade da união, comunidade de vida e objetivo de constituição de família.

O legislador abandonou a idéia objetiva de ligação por cinco anos, para usar os termos duradouro e contínuo. A formação da união estável não decorre, pois, do alinhamento de vontades como no casamento, mas decorre dos fatos, de sua contínua e ininterrupta sucessão, enfim, da vida *more uxorio*. O animus dos companheiros para e durante a união é que deverá qualificá-la como estável.

O art. 2º da Lei nº 9.278/96 estabelece um complexo de direitos e deveres entre os conviventes, calcado no art. 1.566 do CC, agindo no propósito de equiparar união estável e casamento.

Devemos esclarecer que, no âmbito da união estável, a infração de qualquer um desses direitos/deveres não atinge diretamente, configurando uma situação ímpar, uma espécie de semi-juridicidade.

A União Estável deverá gozar da proteção do Estado. Nele são chamados companheiros o homem e a mulher que não estão vinculados a outra pessoa por vínculo de sociedade conjugal e que aparecem na comunidade como se casados fossem, numa comunhão de objetivos que evidenciam pretender duradoura, e constituindo-se numa

família de fato que convive emparelhada na sociedade com as famílias matrimoniadas, sem qualquer discriminação.

São pressupostos exigíveis para caracterizar a união estável:

- a) *estabilidade*: para diferenciá-la das uniões efêmeras e, assim, caracterizar a protegida pelo Estado. Para ser estável uma união, devem ocorrer dois requisitos, o primeiro deles um prazo razoável de convivência. A média jurisprudencial e alguns dispositivos legais têm identificado tal prazo como o de um mínimo de cinco anos. Com a vigência da atual Constituição, movimentam-se alguns homens do Direito por um critério mais elástico para identificar como razoável um prazo menor. Justificam-se argumentando, inclusive, com a atual curta duração dos casamentos civis, apesar dos cônjuges terem se comprometido a uma convivência para sempre. Então, comparativamente, seria injusta a exigência de um tempo muito longo para identificar como estável uma união informal. O segundo requisito é o da constância ininterrupta da convivência, para diferenciar esta união da precária, em que pretensa estabilidade – confundida com longa duração – estaria comprometida pelos incidentes interruptivos da convivência, bem como para diferenciá-la da clandestina, que não passa de mera prática de relações sexuais furtivas.
- b) *ausência de sociedade conjugal ativa de qualquer dos companheiros*: é requisito do concubinato puro, que se contrapõe ao adúltero. Sua exigência funda-se em que o adultério fulminaria eventual pretensão a direito decorrente de uma união então ilícita e injurídica, de um autor daquele crime e com seu concubino, co-autor, ambos inibidos de obter vantagem dessa ilicitude. Além do que, haveria confusão entre a massa de bens comuns da sociedade conjugal e os aquestos concubinários. No entanto, há jurisprudência no sentido contrário, principalmente quando a união concubinária se estabiliza enquanto separado de fato o casado.
- c) *coabitação*: a exteriorização do concubinato *stricto sensu* é a aparência de casamento, o que exige vida em comum sob o mesmo teto. Até mesmo uma relação íntima oferece dificuldades de prova, como ocorre nas investigatórias de paternidade. A súmula 382, do STF, dando elasticidade ao conceito de concubinato dispensando a convivência sob o mesmo teto, foi editada para casos de investigação de paternidade e não de dissolução de sociedade de fato. No entanto, independentemente da dificuldade da prova, para que uma união seja comprovada estável, ela deverá ser indubitosa quanto à longa e contínua coabitação *more uxório*.
- d) *notoriedade*: que não decorre, necessariamente, de publicidade e sim do fato de ser pública no sentido de não sigilosa. A união há de ser real, ensejando aos circunstantes do casal saberem dela. A discreção dos concubinos não poderá ser apenas um disfarce de encontros furtivos, meramente sexuais, típicos de simples amantes e não de companheiros. Se terceiros desconhecem a união não será a Justiça que a reconhecerá. A impossibilidade da prova fulminaria a pretensão de seu reconhecimento judicial
- e) *fidelidade*: a fidelidade denota o *animus* para a estabilidade da união como se um casamento por aparência. Não é dever cuja infração resultaria em sanção como no casamento, porque neste há disciplina de direitos e deveres, inclusive o da fidelidade recíproca. Aqui, a situação é apenas fática, sem qualquer disciplina legal. A ocorrência de infidelidade poderá causar a

dissolução da união mas não repercutirá no direito adquirido durante a convivência até então estável, decorrente do concubinato (eventual indenização) ou da sociedade de fato (eventual partilha).

- f) *diversidade de sexos*: é um requisito óbvio, dentro da nossa estratificação cultural, para dar honorabilidade à união que se queira identificar como entidade familiar, além de exigência constitucional expressa.

Conclui-se que a nova legislação é merecedora de aplausos, por ter dedicado um capítulo em separado para tratar da União Estável como algo dissociado do casamento, mas com o mesmo valor como constituição de família. Entretanto, apesar de considerarmos um marco de extremo valor, não podemos deixar de ressaltar os desacertos cometidos pelo legislador, que poderia ter se utilizado desse espaço para mitigar as dúvidas suscitadas cotidianamente nos nossos melhores Tribunais sobre os efeitos da União Estável. Talvez, esta tenha sido exatamente a idéia do legislador, deixar para a doutrina e jurisprudência o encargo de determinar quais seriam ou não os seus efeitos.

### **Dissolução das Uniões Estáveis**

#### *a) Os alimentos*

A Lei 8.971/94 introduziu o direito aos alimentos entre os conviventes, direito que não se funda no *jus sanguinis*, nem decorre de parentesco. Resulta do dever de assistência material recíproca. Os conviventes devem alimentos recíprocos por força do chamado *dever familiar*.

O exame da lei permite constatar que os conviventes podem por fim à união estável sem que se discuta culpa, sem cogitar de causa. No que se refere a alimentos, basta que se instaure a necessidade para que a obrigação se ponha. O dever familiar é incompatível com a idéia de culpa. Uma idéia é defendida pela doutrina: a de que os alimentos devem ser fixados por um período de tempo razoável para que o credor possa obter os meios para se manter, findo esse tempo, os alimentos deixarão de ser devidos.

Alguns aspectos devem ser considerados:

- a) *Pressupostos legais*: existência da união estável e necessidade do credor.
- b) *Critérios de fixação*: princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade.
- c) *Reajustamento* (majoração por força de índice legal ou avençado) e *revisão* (alteração quantitativa decorrente da mudança na situação financeira): é possível na pensão decorrente de união estável.
- d) *Modos de cumprimento*: embora o devedor seja o titular do direito de escolher a forma (dinheiro, hospedagem, sustento etc) é a prudência do magistrado que tem determinado o melhor modo.
- e) *Meios de assegurar o pagamento*: os previstos no CPC. É possível garantia real ou fidejussória, desconto em folha de pagamento, constituição de usufruto etc.
- f) *Alimentos provisórios*: são assegurados, apesar da omissão da lei especial, porque constituem forma de proteção aos integrantes da

entidade familiar que a Lei Maior manda proteger. São devidos a partir do despacho que os determina.

- g) *Rito da ação de alimentos*: ordinário – a lei não assegurou a adoção do rito sumário da Lei 5.478/68. É preciso no pedido solicitar reconhecimento de união estável c/com alimentos (Ação de reconhecimento de união estável c/c alimentos). Se existe prova pré-constituída de união estável, pode-se pedir, na inicial, os alimentos provisórios. No mais, volta-se ao rito ordinário.

#### *b) O patrimônio dos conviventes*

Podemos apontar algumas soluções consagradas pela jurisprudência, como atribuir à companheira direito a salários em razão dos serviços domésticos prestados; dar-lhe participação no patrimônio auferido pelo esforço comum em razão de sociedade de fato havida entre os concubinos. Soluções estabelecidas sempre no campo do direito das obrigações.

O art. 5º da Lei 9.278/96 estatui que “*os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito*”.

Aqui, reclama a doutrina que o termo “condomínio” deveria ser substituído por “comunhão” e tal como se dá no regime da comunhão parcial, podem conviver três patrimônios: o comum (móveis e imóveis/havidos na constância da união/ a título oneroso); o pessoal do convivente e o pessoal da convivente (bens que pertenciam a cada um antes da união).

Foram excluídos do art. 271 do CC (comunhão parcial), os bens adquiridos por fato eventual e os frutos civis do trabalho de cada convivente.

O contrato escrito a que a lei se refere é uma espécie de pacto antenupcial, limitado pelas normas de ordem pública, especialmente relativas a casamento, aos princípios gerais de direito etc. Existindo contrato escrito válido ele predomina na disciplina das relações patrimoniais.

Noutras palavras, é possível dizer que há um *regime legal* que guarda identidade com o regime da comunhão parcial.

#### *c) As relações com terceiros e outorga para venda de imóveis*

A Lei 9.278/96 não dispôs a respeito do assunto nos casos em que o patrimônio comum se encontra no nome de um só dos conviventes. O entendimento doutrinário é que a venda só deveria ser feita com a presença e permissão de ambos os conviventes, considerando-se, por outro lado, que a boa-fé do terceiro adquirente merece proteção. A conclusão a que se chega é que compete à justiça a interpretação e decisão de caso concreto.

*d) O direito ao nome do companheiro*

Tome-se como base o art. 57, § 2º da Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos)–  
“A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá recorrer ao juízo competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas”.

Esse dispositivo foi fruto de reiteradas decisões das cortes brasileiras admitindo o uso, pela mulher, do nome de seu concubino.

**A Legislação antes da CF/88 e depois**

No Código Civil podemos identificar alguns dispositivos que tratam da relação concubinária, seja com relação à pessoa da concubina, seja no que diz respeito aos filhos havidos dessas relações, sempre com o propósito de dificultar-lhes a existência. Senão vejamos:

- a) o art. 1.177 proíbe a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice;
- b) o art. 248, IV, legitima a mulher casada e os herdeiros (art. 178, § 7º, VI) para reivindicar os bens comuns doados ou transferidos à concubina, num prazo prescricional de dois anos após a dissolução da sociedade conjugal (CC, art. 178, § 7º, VI);
- c) o art. 1.474 proíbe a instituição de concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida (salvo se o amante for separado de fato ou não for casado);
- d) o art. 1.719 impede que a concubina seja nomeada herdeira ou legatária do testador casado, ou o concubino de testadora casada.
- e) o art. 358, revogado pela lei 7.841/89, não permitia o reconhecimento dos filhos havidos de relações incestuosas ou adúlteras.

Algumas leis ordinárias posteriores ao Código Civil foram sendo editadas para amparar situações fáticas de evidente injustiça, o que foi, paulatinamente, alterando a rigidez dos dispositivos elencados no Código Civil. Citemos como exemplos que o reconhecimento dos filhos naturais, após o desquite, veio a ser permitido em 1942, com o Decreto-lei nº 4.737/42; a Lei 883/49 permitiu esse reconhecimento em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal e a Lei 6.515/77, no art. 51, estatui o reconhecimento durante a vigência da sociedade conjugal, desde que em testamento cerrado, além de permitir a ação de alimentos dos filhos ilegítimos, garantindo seu direito à herança, ainda que de forma limitada.

Quanto à concubina, a Lei 6.515/77 (art. 57 e parágrafos) permitiu-lhe usar o nome do companheiro se viverem em comum por, no mínimo, cinco anos ou houver filhos da união. Outros diplomas legais ofereceram tratamento jurídico ao tema:

- a) a Lei 4.069/62, art. 5º, tem a concubina como beneficiária da pensão deixada por servidor civil, militar ou autárquico, solteiro desquitado ou viúvo, que não tenha filhos (Caso hajam filhos, só poderá destinar à companheira

- metade da pensão, se ela vivia sob sua dependência há, pelo menos, cinco anos);
- b) a Lei 7.087/82, nos arts. 28, 29, 39 e 41, tem a companheira como dependente de segurado perante o IPC – Instituto de Previdência dos Congressistas;
  - c) o Decreto nº 73.617/74 considera a companheira dependente do trabalhador rural;
  - d) a Lei 8.213/91, art. 16, I, com redação dada pela Lei nº 9.032/95 e o seu regulamento através do Decreto nº 2.172/97, art. 13, I permitem a inclusão da companheira ou do companheiro na categoria de beneficiários (pensão) do Regime geral da previdência Social, com tratamento idêntico ao do cônjuge, ainda quando o(a) companheiro(a) não estejam inscritos como beneficiários; etc.

### **A Constituição Federal de 1988 e a legislação posterior**

A Constituição brasileira, no art. 226, §§ 3º e 4º, considerou a união estável como entidade familiar, como o fez relativamente à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. No texto constitucional, a família continua sendo a base da sociedade, mas independe de casamento. Entretanto, a CF não promoveu uma equiparação entre casamento e união estável; afastou essa figura do direito das obrigações (onde ainda estão as uniões – sociedades de fato – entre pessoas do mesmo sexo) e a competência para julgar saiu da Vara Cível – sociedades de fato -para as Varas de Família (art. 9º da lei 9.278/96). Convém ressaltar que a união a merecer tutela é a que se reveste de solidez e estabilidade. O casamento continua sendo o instituto básico, uma vez que a CF determina ao legislador ordinário que facilite a conversão da união estável em casamento.

Posteriormente à Constituição Federal de 1988, foram editadas a Lei 8.971/94, que dispõe a respeito do direito dos companheiros à *alimentos* e à *sucessão* e a Lei 9.278/96, regulando o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Uma não revogou a outra, vez que a Lei 8.971/94 contempla o direito à sucessão, matéria estranha à Lei nº 9.278/96; o que autoriza dizer que a Lei 8.971/94 continua em vigor no que tange ao direito sucessório (VIANA, 1999, pp. 16 – 17).

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BITTAR, Carlos Alberto. O Relacionamento Familiar. *In: O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo, RT, 1990

CARVALHO DE FARIA, Mário Roberto. **Os Direitos Sucessórios dos Companheiros**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. V. São Paulo, Saraiva. **Direito das Sucessões**, 2ª Edição, *Editora Revista dos Tribunais*, Vol. I, págs.315/316.

Extrato de textos do Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Prática das Ações de Alimentos**. Rio de Janeiro, Forense.

MALHEIROS FILHO, Fernando. **União Estável**. Porto Alegre, Síntese, 1998

MOURA, Mário Aguiar. **Concubinato**. Rio de Janeiro, Aide, 1998

**Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, *Editora Espaço Jurídico*, Vols. 51 e 52, 2001.

**Revista do CEPAD**, *Editora Espaço Jurídico*, Vol. 5, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Vol. VI. São Paulo, Saraiva, 1999

SANTIAGO JÚNIOR, Aluísio. **Direito de Família. Aspectos didáticos**. Belo Horizonte, Inédita, 1999

**Tratado de Direito Privado**, Tomo IX, *Editora Revista dos Tribunais*, 2ª Ed., pág.99.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da União Estável**. São Paulo, Saraiva,