

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL – E O DIREITO SUCESSÓRIO?

*Joyceane Bezerra de Menezes**

RESUMO

Aborda a dimensão constitucional da união estável, após uma breve análise da gênese e evolução do instituto, considerando o avanço do tratamento jurisdicional e legislativo no estado brasileiro. Enfoca a evolução dos dispositivos legais acerca do tema para analisar a parca atenção dispensada pelo atual código civil que, no que toca aos direitos sucessórios dos companheiros, representou um retrocesso social em face da previsão constitucional.

Palavras-chave

Concubinato. União estável. Família matrimonial. Entidade familiar. Direitos sucessórios dos companheiros.

ABSTRACT

After briefly analyzing the genesis and evolution of the institution of stable unions, this paper deals with the constitutional dimension of stable unions, as regards the progresses in jurisdictional and legislative treatment by the Brazilian state. It also focuses on the evolution of applicable legal devices to analyze the scanty attention dispensed by the current civil code to the successory rights of consorts, which represents a social retrocess in light of constitutional provisions.

Key-words

Concubinage. Stable union. Matrimonial family. Family entity. Companion Successory rights.

1. INTRODUÇÃO

As relações entre homens e mulheres sempre foram objeto normas de cunho religioso, moral ou jurídico. Cedo o tema passou ao interesse do Estado, chancelando-se, no mundo ocidental, o casamento como a modalidade legítima da união entre homem e mulher. No Brasil, a doutrina chegou a definir o casamento como forma de legitimar as relações sexuais entre homem e mulher.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Coordenadora do Curso de Direito da UNIFOR. Professora do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da UNIFOR.

Porém, a par da opção do Estado pelo instituto do casamento, muitos casais se mantiveram em suas relações meramente factuais. Na trajetória histórica do Brasil, ao tempo da colônia e mesmo no alvorecer da República, os negros e os índios se uniam sem a opção pelo casamento regulamentado nos códigos. Sem falar das uniões paralelas, formadas quando um dos membros ainda se mantinha casado. As pessoas que se desligavam dos seus casamentos, somente poderiam viver uniões informais. Nem mesmo o advento do desquite, que punha termo à sociedade de fato, liberava as pessoas para novo matrimônio.

Assim, o concubinato sempre foi uma realidade na história da sociedade brasileira. Embora não houvesse previsão legal regulatória desta união informal e factual, os conflitos de interesse que exsurgiam foram expostos ao Judiciário que teve de se posicionar. As pressões produzidas pela realidade social conduziram, paulatinamente, aos pronunciamentos tímidos do Legislativo.

Somente com a Constituição de 1988 a união estável passa a ser reconhecida como entidade familiar equiparada ao casamento. Duas leis (no. 8.971/94 e no. 9.278/96) se seguiram para regulamentar a união estável, dispondo sobre os pressupostos da sua constituição, os direitos e deveres, o aspecto sucessório. Mas não operaram uma verdadeira equiparação com o casamento tal qual regulava o Código Civil de 1916. Com o advento do novo Código Civil, a matéria não foi devidamente explorada, do contrario, operou-se um retrocesso social em face das leis acima citadas, notadamente quanto ao direito sucessório.

O Código confundiu os direitos sucessórios, reduzindo dramaticamente as garantias conquistadas anos antes. Em um dispositivo confuso e deslocado aborda a participação do companheiro na sucessão do outro.

Este artigo analisa a evolução do instituto da união estável, desenvolvendo algumas críticas ao tratamento legal dispensado que está longe de alcançar a dimensão constitucional a ele atribuída, especialmente no que toca aos direitos sucessórios. Por esta constatação, deposita-se no Judiciário a esperança de superação da contradição, no seio do caso concreto, mediante o esforço hermenêutico tendente a assegurar a execução dos direitos previstos na Constituição.

2. UNIÃO ESTÁVEL – DE GAMBIARRA CONJUGAL À ALTERNATIVA CONSTITUCIONAL

A união instável é uma alternativa ao casamento? Uma circunstância factual que se equipara ao instituto do casamento? O destaque constitucional atribuído à entidade familiar decorrente da união instável representa uma segurança jurídica para os seus integrantes? Especialmente em face do direito sucessório, garantem-se ao companheiro os mesmos direitos deferidos ao cônjuge?

As respostas a estas questões serão melhor compreendidas se considerado

o percurso histórico dessa relação afetiva entre homem e mulher, outrora nomeada, genericamente, de concubinato, mas que hoje é identificada pela locução união estável.

As relações entre homens e mulheres sempre foram do interesse da sociedade e isso refletiu na sua regulamentação fosse pela religião, fosse pelo Estado ou por ambos. O casamento surge como a primeira instituição da religião doméstica¹ e não sem razão, documentos históricos de conteúdo religioso, demonstram a sua disciplina. Isto se confirma na leitura do antigo testamento, com as leis mosaicas, no Corão mulçumano, nas leis de Manu. Sem dúvida o casamento sempre teve uma atenção especial, principalmente em razão da influência religiosa. Já as uniões informais nem sempre tiveram o mesmo tratamento, pelo contrário, foram objeto de escárnio.

A idade moderna assiste três mudanças fundamentais na sociedade ocidental: o Estado intervindo nas áreas mais recônditas da vida privada, estimulando a oficialização do casamento, perseguindo os celibatários; fortalecendo a autoridade dos maridos; declarando a incapacidade relativa das mulheres casadas², etc.

O casamento no Brasil-Colonial estava ligado aos pressupostos Católicos que privilegiavam o casamento razão, casamento negócio, antes do casamento por amor. O querer bem representaria o compromisso do bem viver, a constante na construção da família e no zelo pelo patrimônio. A esse respeito Santo Agostinho resumia o casamento à procriação e cuidado com os filhos. O casamento deveria se realizar, preferencialmente, entre iguais de idade, de condição social, econômica, de saúde e guiava-se, inequivocamente, pelo princípio da indissolubilidade que, transitara da doutrina da Igreja Católica para o Estado³.

Em face da condição social das mulheres, o casamento também funcionava como uma forma de proteção. Tanto as estruturas sociais quanto as recomendações da própria Igreja eram de que a mulher necessitava de um marido a quem obedecer e servir, de um provedor e galardeador. A inexistência de um mercado de trabalho aberto à mão-de-obra feminina, a falta de educação e instrução para as mulheres e o papel de resignação que tinham de assumir no seio familiar eram os principais fatores que apontavam para o casamento como única alternativa para o futuro da mulher.

¹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo; Martins Claret, 2006, p. 46.

² Muito embora Roudisnesco faça a lembrança de que o Cristianismo representa a família centrada no filho que releva o papel da mãe, enquanto o judaísmo seja a religião por excelência patriarcal. Considerando os Estados ocidentais em sua maioria de ascendência cristã, ter-se-ia o papel materno sobrelevado. Talvez aí ainda se vislumbre a primeira semente do crescimento da mulher no seio familiar. PRIORI, Mary del. *História do amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2006, p. 77.

³ Ver a esse respeito: MELO, Francisco Manuel. *A Carta Guia de Casados*. Disponível em: www.sinpros.org.br/paginasPessoais/layout1/..%5Carquivos%5CProf_248%5Cdom%20francisco%20manuel%20de%20melo.doc. Acesso em: 12 de janeiro de 2007.

As jovens casadoiras, de famílias mais pobres, que não lograram êxito na corrida pelo matrimônio, se permitiam à vida em uniões informais concubinárias quando lhes era possível.

A história brasileira relata a prática do concubinato como uma constante, em especial até o século XIX, embora a legislação luso-brasileira somente reconhecesse a família oriunda do casamento. Não era nada incomum que homens casados se entregassem às uniões paralelas ao casamento, duradouras ou não, em muitas delas resultando no nascimento de filhos. Nestas hipóteses, o testamento era o instrumento válido para o reconhecimento de filho adulterino. Muitos testamentos continham a tradicional frase - “por fragilidade da carne humana nasceram-me três filhos fora do casamento...”.

A formação das famílias entre os afro-descendentes, por sua vez, se fazia em grande parte pela via concubinária; os casamentos interessavam muito mais às famílias proprietárias, preocupadas com a transmissão de patrimônio⁴. As famílias indígenas também eram formadas a partir de arranjos informais pactuados nos termos da organização social de cada comunidade indígena. Sendo certo que para os índios, a legislação portuguesa associada ao intento colonizador jesuítico buscava a imposição das instituições ocidentais, dentre as quais o casamento⁵.

Vê-se que uniões informais sempre existiram no Brasil, embora apenas o casamento fosse, juridicamente, o único caminho para a formação da família legítima. A par dos setores onde a união informal era mais recorrente, na medida em que alguns casamentos caíam em sua qualidade e os casais se separavam de fato e convolvavam novas uniões, foi surgindo a necessidade de sua regulamentação jurídica.

2.1. A expressão do Legislativo e do Judiciário

Em 1942, foi introduzido no Código Civil, o art. 315 que previa o desquite, apto a por termo à sociedade conjugal, sem, contudo por fim ao vínculo matrimonial. Se casais podiam se desquitar, não poderiam convolar novas núpcias.

⁴ PRIORI, M. op. cit. p. 62 e 81.

⁵ A respeito da intolerância em face dos costumes indígenas extrai-se o seguinte trecho de um artigo da lavra de Clovis Bevilacqua: “Dos costumes jurídicos dos brais é que não os restam vestígios incrustados na legislação patria. O direito portuguez dominou soberano, varrendo todas as instituições aborígenes que, acoissados pelo eycione de uma civilização intolerante, sanguinária e devastadora, segundo devia parecer pelo que viam e soffriam, se foram refugiar no adyto das florestas impenetráveis do interior, á margem dos grandes rios que retalham regiões ubertosas mas insaluberrimas, onde quer que os rigores da natureza os defendessem das brutalidades de uma cultura tão balda de movimentos affectivos, e ahi subsistem ainda, mas como que ankylosados, e com suas instituições incontestavelmente deformadas com a língua”. BEVILACQUA, Clovis. Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros. In: *Textos clássicos sobre os direitos e os povos indígenas*. Org. Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 1992, p. 77.

O desquite se apresentava como um remédio para por termo a sociedade conjugal já esfacelada, mas não seria apto, até por força da ideologia antidivorcista, a permitir novos casamentos. Mas a ausência de regulamentação legal não foi suficiente para impedir que pessoas desquitadas se unissem e, no plano afetivo, social, informal, constituíssem novas famílias. Eis aqui um público impedido de casar que passaria a viver a gambiarra do concubinato; a necessidade de afeto ultrapassaria as restrições legal e ideológica.

Assim, as situações de fato iam se consolidando, crescendo e também suscitando conflitos postos a exame do Judiciário e ainda exsurgindo timidamente na legislação. É certo que o concubinato que passava a merecer alguma proteção seria aquele designado como concubinato puro ou não adúlterino, em oposição ao concubinato adúlterino.

A primeira norma que passou a beneficiar a concubina foi o Dec. Lei no. 7036/1944 que estabelecia no art. 21, parágrafo único a possibilidade de benefício a concubina, na medida em que autorizava indenização a pessoa que vivesse na dependência econômica do acidentado, desde que este não tivesse esposa, filhos, mãe ou pai inválidos sob o seu sustento. A concubina de vítima de acidente de trabalho teria direitos semelhantes ao da esposa, nesta seara. E este entendimento foi consolidado pela Sumula no. 35 do STF. Note-se que o produto do legislativo exsurgia apenas para deferir direitos à mulher, negando-se ao concubino o mesmo benefício.

Os tribunais passaram a responder pelos direitos da concubina cogitando de elementos do direito obrigacional – a teoria do enriquecimento ilícito, da sociedade de fato e do reconhecimento da contribuição direta e indireta na constituição do patrimônio.

Ainda na década de 60 os tribunais superiores brasileiros produziram algumas respostas a respeito das uniões informais – as uniões concubinárias. Surgiu a Súmula 380 do STF⁶ mencionando que os bens adquiridos pelo esforço comum deveriam ser partilhados. A Súmula 382⁷, advertindo que a coabitação no mesmo teto não seria pressuposto essencial à caracterização do concubinato.

Na medida em que a posição do STF ia sendo aplicada pelos tribunais estaduais foi sendo consolidado o entendimento de que a concubina não precisaria comprovar aporte financeiro para a caracterização da aquisição de bens por esforço comum. O apoio na lida doméstica, na educação dos filhos seria por si suficiente.

A legislação previdenciária foi mais avançada no sentido de estabelecer direitos decorrentes do concubinato. Trazia alguns critérios objetivos, exigindo em primeiro plano, a convivência de cinco anos, no mínimo.

⁶ STF Súmula nº 380 – “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

⁷ STF Súmula nº 382 – “A vida em comum sob o mesmo teto “more uxório”, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

A lei de Registros Públicos (Lei no. 6015/73), inovando com a expressão companheira, possibilitou a esta (concubina) o uso do nome do companheiro, quando comprovada a vida em comum por mais de cinco anos.

A legislação tributária passou a aceitar a figura da concubina como dependente para os efeitos das obrigações acessórias relativas ao Imposto de Renda Pessoa Física.

Em paralelo, Nelson Carneiro liderava a tentativa de fazer aprovar o Divórcio, com o fim de possibilitar aqueles que não lograram êxito no casamento, a alternativa de convalidação de novas núpcias pondo fim do vínculo conjugal. Sobreveio a Lei do Divórcio, Lei no. 6.515 no ano de 1977, autorizando aos casais a alternativa do Divórcio.

Com a possibilidade do Divórcio, casais que viviam em concubinato em virtude da condição de impedidos de casar, poderiam optar pelo casamento.

Mesmo com o divórcio, observou-se que não se reduziu o número de uniões informais. Observa-se que nas últimas décadas o comportamento matrimonial dos brasileiros tem sofrido alterações. Caíram as taxas brutas de nupcialidade, cresceu o número de divórcios e separações judiciais e aumentou a preferência pelas uniões estáveis. A coabitação sem vínculo conjugal representava 6,5% das uniões registradas no anuário estatístico do Brasil, em 1960, enquanto em 1995 já representava 23,5%⁸.

As estatísticas mostraram que a união informal não era apenas firmada em virtude do impedimento matrimonial de um ou de ambos os companheiros, poderia representar também uma preferência, uma opção, como ainda se vê hoje.

2.2. Previsão constitucional – entidade familiar formada pela união estável entre homem e mulher

O advento da Constituição de 1988 seria um marco nesta evolução pois passou a reconhecer a família oriunda da união estável, determinando-se a proteção do Estado. Nos termos do art. 226, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E o parágrafo terceiro do artigo segue com a seguinte redação “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Em substituição ao termo concubinato, o legislador constituinte utilizou a locução união estável, como que para rechaçar o estigma que recaiu e ainda recaí sobre essa modalidade de relação entre homem e mulher. Também coube a

⁸ BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. In: *História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea*. Coor. Geral Fernando A. Novaes. Organizador do volume Lília Moritz Schwarcz. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 418-419.

esta Constituição por fim a qualquer classificação referente aos filhos, atribuindo a todos igual dignidade. A matéria se desprende integralmente do campo do direito obrigacional passando a pertencer aos domínios do direito de família.

A Constituição reconheceu, em verdade, a situação de fato já existente no Brasil há muito tempo – a união informal, factual entre homem e mulher com o fim de constituição de família. Não estendeu o conceito de união estável às uniões homoafetivas. Mas no texto do parágrafo terceiro se vê a primazia que o legislador constituinte ainda dedicou ao casamento, dispondo que lei ulterior facilitaria a conversão da união estável em casamento. Ora, se ambos tivessem o mesmo status, fossem em tudo equiparados, qual justificativa seria hábil a explicar a conversão da união estável em casamento?

O casamento continua sendo o mais forte paradigma de constituição da família⁹. E a partir desta premissa se justifica a importância atribuída ao casamento pelo legislador infra-constitucional, especialmente no texto do Código Civil. A possibilidade de sua conversão em casamento também não foi efetivada, é fruto de uma norma inócua que não logrou a atenção de nenhum dispositivo legal ulterior.

Mesmo assim, não se olvida negar o avanço que a Constituição imprimiu ao Direito de Família, prevendo a união estável como porta de formação de família. Em verdade, o texto constitucional reconheceu uma realidade já presente na sociedade brasileira. E para esse resultado, o movimento de mulheres marcou sua presença na Assembléia Nacional Constituinte¹⁰.

Porém o texto constitucional não prescindiria do labor do legislador ordinário para a disciplina de todos os termos da relação jurídica aqui reconhecida como entidade familiar.

3. A REGULAMENTAÇÃO INFRA-CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL – LEIS NO.8.971/94 E NO.9.278/96

Embora a natureza da união estável seja exatamente o ambiente do “não instituído”, a circunstância eminentemente factual, os seus contornos vão se assemelhando aos do casamento, sem que com ele venha, efetivamente, a se equiparar no plano do direito positivo. Se a Constituição Federal declara que a família pode ser formada a partir da união estável, não fez com isso uma total equiparação ao casamento. Este continuou com os contornos específicos atribuídos pela legislação ordinária. A união estável não ganhou uma regulamentação adequada e mesmo depois do Código Civil de 2002, não

⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável. Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 229.

¹⁰ COSTA, Leilah Borges da. A evolução da proteção da união estável no direito brasileiro. In: *Mulheres e os direitos civis*. Coordenação Leila Linhares Barsted e Jacqueline Hermann. Traduzindo a legislação com a perspectiva de gêneros. CEPIA. Rio de Janeiro, 1999, p. 32

se chegou a um quadro de perfeita equiparação como se verá. Se o afeto e o interesse de constituir família são os motores da união entre homem e mulher seja pelo casamento, seja pela união estável, a lei não estabeleceu os mesmos regramentos e efeitos para um e para outro.

Inicialmente, a Lei no. 8.971/1994 trouxe a regulamentação do direito de alimentos e do direito sucessório do companheiro. No plano desta lei, havia um lapso temporal de cinco anos de convivência para qualificar a união estável que por sua vez somente se estabeleceria entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas¹¹.

O direito sucessório foi tratado timidamente, vez que não se atribui ao companheiro a condição de herdeiro; o texto fala em participação na sucessão do companheiro. Mesmo assim, atribuía-se ao companheiro sobrevivente: o direito de usufruto da quarta parte dos bens do de cuius, se houvesse filhos comuns, enquanto não constituísse nova união; o direito a usufruto da metade dos bens do de cuius, com ascendentes vivos, se não houvesse filhos.

Tirante isso, o companheiro sobrevivente teria acesso à metade dos bens deixados pelo autor da herança quando aquinhoados por força de atividade realizada com a sua colaboração, figurando aqui uma modalidade de meação e não de herança¹².

A Lei no. 9.278/96 teve o propósito de regulamentar o art. 226, §3º. da Constituição Federal de 1988. Destaca-se que textualmente firmou a matéria no campo de Direito de Família, reservando às varas de família a competência para conhecê-la. Estabeleceu os critérios para qualificação da união estável: o caráter duradouro da convivência, a sua publicidade e continuidade, a heterossexualidade dos membros e o objetivo de constituição de família. Não estabeleceu lapso temporal e recepcionou as relações entre pessoas separadas de fato. Definiu os direitos e deveres dos conviventes, sendo eles o respeito e consideração mútuos, a assistência moral e material recíproca, a guarda, sustento e educação dos filhos comuns. Regulou a relação patrimonial decorrente da união, atribuindo a administração do patrimônio comum a ambos os conviventes. Reforçou o direito a alimentos, na hipótese de dissolução da união por rescisão. Instituiu o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família para o convivente sobrevivente enquanto não constituísse nova união ou casamento. Repetiu a possibilidade de conversão da união estável em casamento sem, contudo, estabelecer os mecanismos.

Da análise desses dispositivos legais, já se verifica que o legislador infra-

¹¹ Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

¹² Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

constitucional não realizou a equiparação da união estável ao casamento como o texto da Constituição anunciou.

3.1. O Código Civil de 2002

O Código Civil também não realizou a equiparação de forma compatível como enunciado constitucional, antes até retrocedeu a alguns avanços implementados pelas duas leis mencionadas acima.

A união estável, ao seu turno, recebeu tratamento no título III, do Livro IV, que trata do Direito de Família, em um total de apenas cinco artigos. E ainda no Livro V, que trata dos Direitos de Sucessões, em apenas um artigo. Ao concubinato o Código Civil não deferiu qualquer proteção, traçando apenas uma definição no art. 1727.

Na perspectiva do Código Civil, art. 1723, “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada pela convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. De sorte que, os pressupostos dessa união são a heterossexualidade dos membros, seguindo o esteio do texto constitucional e da Lei no. 9278/96, a convivência qualificada como pública, contínua e duradoura e ainda, o objetivo de constituição de família.

A par da exigência da diversidade de sexos entre os membros como essencial à configuração da união estável, as uniões homoafetivas¹³ têm sido pauta de discussões nos tribunais, quanto aos direitos previdenciários, alimentares e sucessórios.

Na perspectiva freudiana e, de forma mais ampla, na perspectiva da própria psicanálise, a diferença sexual não se refere a uma diferença de gênero, mas só pode ser focalizada em referência ao vivido existencial¹⁴. Por esta via de análise, considerando que o Direito não pode prescindir da psicologia, da sociologia e da antropologia, ter-se-ia como formular outra leitura da própria concepção de união estável, admitindo-la quando em face de uniões homoafetivas, mas o assunto é bastante polêmico e foge o campo da discussão

¹³ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem adotado posições de vanguarda na área do direito de família e relativamente à esta pauta, tem-se a seguinte decisão: EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parcerias matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/06/2005).

¹⁴ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 128-129

aqui proposta. Por força do art. 1723, do Código Civil, é união estável aquela que se firma entre homem e mulher.

Os outros pressupostos que devem cercar a união são a publicidade, a continuidade e seu caráter duradouro. Ou seja, a relação factual não se equipara a um encontro fortuito, às escondidas ou de um relacionamento clandestino. Deve corresponder a uma relação pública e assumida por seus membros, do conhecimento daqueles que com quem eles lidam no cotidiano. A continuidade e o caráter duradouro faz referência à própria noção de família que a união pretende constituir. A idéia de continuidade e o caráter duradouro são elementos intrínsecos à idéia de família, mas não induzem a dimensão matemática do tempo – não há na lei uma delimitação temporal para a qualificação da união estável.

A família é cantada e decantada como essencial ao convívio humano. Qualificada genericamente como célula máter, essencial ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade; é também abominada por alguns, a exemplo de Lacan¹⁵ que a compreende como a pior das estruturas, geradora da loucura e da neurose. Pauta de discussões nas mais variadas ciências, a família é acolhida pelo Estado como estrutura dotada de superiores responsabilidades na formação da pessoa. E, ao longo dos anos, vem sendo identificada como um ambiente de realização do afeto. Em aparente desordem, a família transitou do modelo econômico-patriarcal para uma concepção instrumental de amparo e formação da personalidade dos seus integrantes unidos ou não pelo matrimônio, mas focada no afeto. As novas famílias buscam uma comunhão afetiva para a construção de uma história comum¹⁶. Nesse projeto, mais vale a atitude e a comunhão do que propriamente a dimensão temporal ou biológica.

Em virtude da proteção deferida pelo Estado à família, a união estável como fonte da entidade familiar gera direitos e deveres no campo do Direito de Família. Por força do art. 1723, parágrafos primeiro e segundo, a união estável não pode se constituir por infringência aos impedimentos previstos no art. 1521, muito embora a ela não se apliquem as causas suspensivas arroladas no art. 1523. Aos companheiros impõem-se os deveres da lealdade, respeito e assistência, bem como os deveres relativos aos filhos quanto à guarda, sustento e educação. Disciplinam-se as relações patrimoniais, aplicando o equivalente ao regime da comunhão parcial de bens quando os companheiros não dispõem de modo diverso em contrato escrito. É fato que o estado civil dos companheiros não se altera com a união estável de sorte que não há integral proteção dos interesses patrimoniais no momento de venda de bens imóveis havidos na constância da união.

Porém é no campo do direito sucessório dos companheiros que se vislumbram flagrantes injustiças e até mesmo inconstitucionalidades.

¹⁵ LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1987, p. 61.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39

4. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO

O Código Civil de 2002 estabelece gritantes diferenças entre os direitos sucessórios dos cônjuges e o direito sucessório dos companheiros. Em apenas um artigo, deslocado do título da sucessão legítima, da ordem de vocação hereditária, o companheiro tem disciplinada a sua participação na herança, no capítulo das disposições gerais.

Em semelhança ao que fizera a lei no. 8971/94, o Código Civil não atribuiu ao companheiro à condição de herdeiro, tratando apenas da sua participação na sucessão do de cuius. Ora se o cônjuge é considerado herdeiro, por qual razão não o seria o companheiro? Mesmo assim, o Código Civil ainda foi mais nefasto que a lei no. 8971/94.

No art. 1790, dispôs que o companheiro sobrevivente participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união e nas condições previstas nos incisos. No seu texto original,

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O artigo é mal construído e suscita interpretações conflituosas. Nota-se que, embora os incisos I e II se articulem com o caput, o mesmo não ocorre com os incisos III e IV. O caput estabelece que a participação do companheiro sobrevivente incide apenas sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união e não à totalidade da herança. Neste aspecto somente se articulariam como caput, os incisos I e II, mais propriamente. Assim, concorrendo com filhos comuns, o companheiro teria direito a mesma cota que coubesse a cada um deles. Não se concede ao companheiro a reserva de quota mínima a exemplo do deferido ao cônjuge¹⁷. Concorrendo com filhos só do autor da herança, teria a participação mitigada, vez que lhe caberia a metade do que tocasse a cada um deles. Nada dispôs sobre a hipótese, bastante comum, em que a concorrência se faz com filhos comuns e exclusivos do autor da herança.

¹⁷ Art. 1832 – Em concorrência com os descendentes (art.1829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorre.

Os incisos III e IV não têm articulação adequada com o caput. Enquanto o caput confina a participação do companheiro sobrevivente aos bens onerosamente adquiridos na constância da união, os incisos III e IV falam de sua participação relativamente à herança. Herança é um complexo de bens definido pela legislação. Pela leitura do art.1791, herança é um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Representa uma universalidade de direito que, nas linhas do art. 91 do Código Civil, se define como “um complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

Não existe herança fora desse contexto, haja vista a própria definição legal. Assim, os incisos III e IV, ao falarem de herança, não se limitam a tratar dos bens adquiridos onerosamente na constância da união e sim da totalidade das relações jurídicas do de cuius, mensuráveis economicamente.

O inciso III dispõe que o companheiro terá direito a um terço da herança quando concorrer com outros parentes sucessíveis. Leiam-se como outros parentes sucessíveis apenas os ascendentes e colaterais, pois a concorrência com os filhos previstas nos incisos anteriores se estendem à classe dos descendentes. Pois bem, aqui a base de cálculo da participação do companheiro é a herança em sua totalidade e não aqueles bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Da mesma sorte, quando o inciso IV destaca que na inexistência de parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança, está a se referir ao complexo unitário de todas as relações econômicas do falecido. Ora, se não fosse assim, e o termo herança estivesse vinculado aos limites do caput, e não a todo o sistema de normas, o companheiro sobrevivente herdaria a totalidade dos bens onerosamente adquiridos na constância da união e o remanescente dos bens do de cuius seguiria vacante, desembocando, provavelmente, nos cofres do município. Um absurdo! Valendo-se da leitura da lei no. 8971/94, na falta de descendentes e ascendentes, caberia ao companheiro sobrevivente a totalidade da herança (art.2º, inciso III).

No plano do atual Código Civil, o companheiro não assume destaque na ordem de vocação hereditária, tampouco é considerado herdeiro necessário, como o é o cônjuge¹⁸. Nessa linha de raciocínio, poderia o companheiro dispor de todos os seus bens em testamento, em prejuízo do direito sucessório do outro.

A par da incoerência do art. 1790, o Código Civil omitiu aos companheiros o direito real de habitação que tinha previsão na lei no. 9278/96 e vem sendo deferido expressamente aos cônjuges¹⁹; negou o usufruto viual que também não deferiu aos cônjuges.

Ora, se tanto a união estável quanto o casamento são instituidores da

¹⁸ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹⁹ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

família, refletem a ligação de duas pessoas por laços de afeto e solidariedade, por qual razão os direitos sucessórios seriam mais amplos em relação aos cônjuges do que aos companheiros, especialmente se considerarmos o espírito constitucional equiparador?

Se a Constituição Federal equipara a união estável ao casamento na constituição da família, reconhece em ambos o resguardo dos mesmos fins sociais. Tanto a família oriunda do casamento quanto aquela constituída pela união estável tem os mesmos deveres constitucionais. Assim, não faz sentido, a sonegação de certos direitos aos companheiros quando são deferidos aos cônjuges. Nestes termos, na medida em que a lei inatender a vontade constitucional, caberá ao Judiciário a tarefa de dizer o direito consoante as regras da hermenêutica jurídica: compreendendo o dispositivo legal à luz do texto constitucional; observando os fins sociais do instituto a ser aplicado (atendendo o art.4º, da Lei de Introdução ao Código Civil); desenvolvendo uma interpretação sistemática do dispositivo em face do diploma no qual se insere.

Na análise da questão, Maria Berenice Dias²⁰ assevera que a lei não pode tratar a união estável de modo diverso do casamento. De forma que sempre que o legislador infra-constitucional negar à união estável prerrogativas deferidas ao casamento, o aplicador do direito deverá entender a omissão como inconstitucional, estendendo-as aos companheiros. Por esta via, teria o companheiro sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel residencial nos termos da Lei no. 9278/96, mesmo porque neste aspecto não houve revogação tácita, já que o novel código foi omissivo. O usufruto vital também não foi revogado expressamente, embora negado expressamente ao cônjuge. Para Dias, o direito remanesce e, em vista do princípio da igualdade, também se estende ao casamento²¹.

A previsão constitucional de equiparação das duas formas de constituição de família consubstancia-se em garantia constitucional. Ademais, saliente-se o direito fundamental de igualdade, segundo o qual ninguém pode ter tratamento diverso, quando o critério discriminatório é inconstitucional.

Tem-se que as leis no. 8971/94 e no. 9278/96 foram mais avançadas na proteção da União Estável do que propriamente o Código Civil publicado em 2002. A retração da lei, restringindo tratamento jurídico dispensado pela lei anterior, especialmente reduzindo o alcance da norma constitucional contida no art. 226, parágrafo terceiro, representa um retrocesso social.²²

Doutra banda, cabe ao aplicador do direito sanar as inconstitucionalidades e ainda aplicar a lei em atenção aos seus fins sociais, conforme o art. 5º, da Lei

²⁰ DIAS, M. op. cit. p. 148.

²¹ DIAS, M. op. cit. p. 157.

²² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 112.

de Introdução ao Código Civil. Qual é o fim social e ético de se regulamentar os efeitos patrimoniais e sucessórios entre os membros de uma união estável? São, afinal, os mesmos relativos aos cônjuges. Pretendem os companheiros a construção de uma família, a divisão de esforços na implementação de um projeto de vida, o intercâmbio de afeto, uma vida em comum. Se a Constituição Federal prevê a possibilidade da construção de uma família não matrimonial, equiparando-a à família matrimonial, inclusive para proteção do Estado, não poderia este mesmo negar aos seus membros as vantagens levadas a efeito no casamento.

4. CONCLUSÕES

Após a análise desenvolvida, vê-se que a união estável é uma realidade no seio social brasileiro. Se inicialmente se pensava que a união estável era uma opção dos setores excluídos do mundo regulado – os negros, os índios ou daqueles impedidos de casar, hoje se conclui que se trata de uma das modalidades de constituição da família. Muitas pessoas optam pelo casamento outras optam pela união estável, mesmo quando poderiam casar. Houve, no Brasil, um avanço em relação à matéria especialmente em face da previsão constitucional e das decisões jurisprudenciais, haja vista que há muito os tribunais foram chamados a conhecer a questão. Porém, a legislação infra-constitucional não garantiu a fluência da vontade constitucional no que toca à equiparação da união estável ao casamento. O legislador se posicionou de modo tímido e contraditório. A lei no. 8.971/1994 estabeleceu os pressupostos da união estável, fixando um tempo mínimo para a sua configuração. Regulamentou-se o direito de alimentos e do direito sucessório do companheiro, contextualizando a matéria no campo do direito de família. Somente admitia a união estável entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas. A posição sucessória do companheiro foi bastante incomoda posto que não se conformava na condição de herdeiro, mas de participe da sucessão do outro. Mesmo assim, garantia ao companheiro sobrevivente: o direito de usufruto viudal. A Lei no. 9.278/96 firmou a matéria no campo de Direito de Família e renovou os critérios para a qualificação da união estável, dispensando o lapso temporal previsto pela lei anterior e estabelecendo os direitos e deveres dos conviventes. Embora haja disciplinado a questão patrimonial, por aplicação do regime de comunhão parcial de bens, instituído o direito real de habitação não avançou muito no direito sucessório. No campo do direito sucessório, o Código Civil discriminou severamente a união estável, com uma redação mais restritiva do que as leis anteriores. Em apenas um artigo deslocado do capítulo da vocação hereditária, intenta restringir a participação dos companheiros ao universo de bens onerosamente adquiridos na constância da união, a ponto de permitir o absurdo da herança ser declarada vacante, quanto aos demais bens.

Assim, respondendo às indagações inicialmente propostas tem-se:

A união instável é uma alternativa constitucional ao casamento, embora

a legislação infra-constitucional privilegie o instituto do casamento. No plano prático, a união estável, caracterizada por sua natureza eminentemente fática não proporciona aos seus integrantes as mesmas garantias legais que cercam o casamento, notadamente no campo sucessório. O companheiro sequer incorpora a condição de herdeiro, figura apenas como um partícipe da sucessão do outro, sendo a dimensão desta participação legalmente limitada e dependente de uma interpretação mais compatível com a Constituição pelo Judiciário. Mesmo sabendo que casamento e união estável cumprem os mesmos fins sociais, a matiz ideológica matrimonialista se manteve no corpo legal nacional mesmo em face da previsão constitucional recente. A segurança jurídica que o texto constitucional oferece à união estável não opera muitas vantagens práticas, pois o companheiro intencionado em fazer valer os direitos decorrentes da equiparação constitucional terá de discutir a matéria nos tribunais, arguindo a inconstitucionalidade dos dispositivos infra-constitucionais. Doutra banda, o cônjuge, protegido pelos laços sagrados do matrimônio tão somente soerguerá as regras do direito civil para pleitear a proteção aos seus interesses.

5. REFERÊNCIAS

- BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. In: *História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea*. Coord. Geral Fernando A. Novaes. Organizador do volume Lilia Moritz Schwarcz. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 411-438.
- BEVILACQUA, Clovis. Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros. In: *Textos clássicos sobre os direitos e os povos indígenas*. Org. Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 1992, p.77-92.
- COSTA, Leilah Borges da. A evolução da proteção da união estável no direito brasileiro. In: *Mulheres e os direitos civis*. Coordenação Leila Linhares Barsted e Jacqueline Hermann. Traduzindo a legislação com a perspectiva de gêneros. CEPIA. Rio de Janeiro, 1999, p. 27-42.
- COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo; Martins Claret, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1987.
- MELO, Francisco Manuel. *A Carta Guia de Casados*. Disponível em: www.sinpros.org.br/paginasPessoais/layout1/..%5Carquivos%5CProf_248%5Cdom%20francisco%20manuel%20de%20melo.doc. Acesso em: 12 de janeiro de 2007.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável. Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PRIORI, Mary del. *História do amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2006.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.