

## CASAMENTO – UNIÃO ESTÁVEL – CONCUBINATO

Belmiro Pedro Welter

---

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Casamento – 3. União estável – 3.1. Requisitos da união estável – 3.2. Inconstitucionalidade parcial do art. 1º da Lei 8.971/94 – 3.3. Vigência da nova Lei – 3.4. Companheiros da nova Lei – 3.5. Regime de bens – 3.6. Foro competente – 3.7. Alimentos – 3.8. Meação dos bens – 3.9. Herança – 4. Peculiaridades – 5. Concubinato.

### 1. INTRODUÇÃO

A matéria relativa à união estável tem gerado polêmica no seio doutrinário e jurisprudencial. Com o advento da Lei 8.971, de 29/12/94, a doutrina demonstra que as dúvidas aumentaram.<sup>1</sup>

A principal alteração está umbilicalmente ligada à completa *igualdade entre casamento (marido e mulher) e união estável (companheira e companheiro)*,<sup>2</sup> isso porque a união estável, como o casamento, estão edificadas no amor, no carinho, no respeito, na coabitação, na assistência mútua, no companheirismo, na paz, na relação de justiça, enfim, na *affectio conjugalis intuita familiae*, tornando-se, doravante, irrelevante a perquirição acerca de alguma vantagem do casamento que não se estenda à união estável.

Os companheiros, membros da entidade familiar, não merecem denominações vexatórias (concupinos), porque esse país já ostenta o percentual superior a sessenta por cento de famílias unidas pelos laços da união estável,

---

1 Segismundo GONTIJO, em artigo publicado na revista ADV, seções jurídicas, Coad, SP, janeiro de 1995, pp. 23/27, sob o título de *Direitos a Alimentos e à Sucessão entre Companheiros*, testifica que pairam mais de trinta dúvidas com o advento da nova lei.

2 As expressões *esposa* e *companheira* equivalem a *esposo* e *companheiro*.

devendo-se, pois, coadunar a lei à realidade social. Por que ainda se procura discriminar quem vive como marido e mulher, se o que importa é a estabilidade familiar? Por que essa recusa em igualar os casados e os companheiros se ambas as famílias ostentam o mesmo estado social, cumprem os mesmos requisitos e educam os filhos com base na lei, na moral e nos bons costumes?

A única diferença ainda existente é quanto à prova: no casamento é pré-constituída (certidão de casamento), mas na união estável a prova é pós-constituída (na dissolução); portanto, urge que a doutrina e a jurisprudência se afastem do vírus jurídico de distinguir os direitos da esposa e da companheira, ou de igualar os conceitos de *companheira* e *concubina*, na medida em que na união estável não há mais que falar em concubina, mas, sim, em companheira; não há mais que falar em concubinato puro,<sup>3</sup> em concubinato qualificado,<sup>4</sup> ou, ainda, em sociedade de fato, e sim em união estável, porque se forem cumpridos todos os deveres do casamento, serão outorgados, também, todos os direitos do casamento à união estável.

Somente quem cumpre os requisitos do casamento vive em união estável, estando, assim, ancorado nos direitos da nova Lei, porque tornaram-se iguais em direitos a esposa e a companheira, o marido e o companheiro, não havendo qualquer superioridade ou inferioridade, devendo-se, de uma vez por todas, aceitar “a dualidade, que representa uma opção ofertada ao livre arbítrio das pessoas que desejam constituir um lar. Opção, gize-se, por situações igualmente lícitas e, portanto, insuscetíveis de discriminação social ou jurídica”.<sup>5</sup>

Enfatiza-se: para que haja a união estável é necessário cumprir os deveres exigidos pelo casamento, listados no art. 231 do Código Civil: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos, porque somente assim haverá a igualdade de tratamento ditada pelo § 3º do art. 226 da Constituição Federal e pela Lei 8.971/94, não mais se aplicando, doravante, o verbete 382 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “A vida em comum sob o mesmo teto, **more uxorio**, não é indispensável à caracterização do concubinato”, porque a união estável reclama, também, a vida em comum, pelo que esse verbete somente é aplicável ao concubinato, mas não à união estável.

Desta forma, são três os tipos de união entre um homem e uma mulher: 1) casamento (marido e esposa); 2) união estável (companheiro e companheira); 3) concubinato (concubino e concubina).

---

3 Verificaremos, a seguir, que ainda subsiste, além da união estável, o concubinato, mas com outra indumentária jurídica.

4 Luís Alberto d’Azevedo AURVALLE, em artigo *A Regulamentação Infraconstitucional dos Alimentos na União Estável*. Transcrito na revista *Ajuris* 64/252, não se refere à união estável, mas, sim, ao concubinato qualificado.

5 *Idem*, op. cit., p. 255, *in fine*.

## 2. CASAMENTO

O casamento exige, além da condescendência, o cumprimento de inúmeros deveres conjugais, em comunhão de interesses, de esforços, e conjugação de vontades, buscando, incansavelmente, o bem-estar do consorte e da família.

Em outros termos, a vontade de os cônjuges ou os companheiros comungarem com os mesmos propósitos deve ser eterna, porque “a relevância do amor, do afeto, do ângulo emocional, da convivência respeitosa, da existência recíproca, do prazer da companhia, do desvelo mútuo, sempre em detrimento da união forçada, artificial, hipócrita, doentia, conflitada, destruidora; eis um parâmetro essencial, alicerçante de quase todas as transformações da família e em sua normatização jurídica. Quer-se a autenticidade das relações. Rejeita-se a falsidade”.<sup>6</sup>

## 3. UNIÃO ESTÁVEL

A união estável entre o homem e a mulher, que se unem com os mesmos propósitos ditados pelo casamento, está legiferada desde a Constituição Federal de 1988.

A nova Lei 8.971/94, para excluir as divergências, também reconheceu a união estável, elevando-a ao mesmo patamar do casamento. Os companheiros (não os concubinos) ao edificarem a união estável estão, doravante, sujeitos aos direitos e deveres impostos pelo casamento, não habitando mais nenhuma diferença entre casamento e união estável, porque, em ambos os casos, “é a união de um homem e de uma mulher, sendo que no primeiro caso tal união ocorre pelo casamento e no segundo tal união ocorre pela convivência *more uxorio* de um homem e de uma mulher sem o casamento civil”.<sup>7</sup>

Parte da doutrina<sup>8</sup> anota que não há qualquer diferença entre companheira (união estável) e concubina (concubinato). Discordamos, **venia permissa**, dessa assertiva, porque<sup>9</sup> “companheira é a designação elevada que se dá a uma mulher unida por longo tempo a um homem, como se fosse sua esposa. É uma expressão simpática que a jurisprudência atribuiu a este ser que, com dignidade não inferior à da esposa legítima, faz parte da sociedade de todos os tempos da história humana”. A Lei ordinária e a Magna Carta equipararam a companheira à esposa em, absoluta e inexoravelmente, todos

6 Des. SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, citado pelo Des. ARNALDO RIZZARDO, em *Direito de Família*. Aide, v. I, 1994, p. 36.

7 JOÃO ROBERTO PARIZATTO, em *O Direito dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão*. Aide, 1995, p. 18.

8 *Idem*, na ob. cit., p. 50.

9 FARDIN, Noêmia Alves. Em *Concubinato. Aspectos Sociojurídicos da União Estável*. Ed. Livraria do Advogado, 1995, p. 67.

os direitos e deveres, com o que merecem o mesmo tratamento jurídico e social, já que<sup>10</sup> “a família é um fato natural. Não o cria o homem, mas a natureza. Quando um homem e uma mulher se reúnem sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, ali está uma família. Passou por lá o juiz com sua lei, ou o padre com o seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força de apagar o fato natural”.

Com a nova Lei, as expressões *companheiros* (união estável) não equivalem a *concubinos* (concubinato), havendo, pelo contrário, enorme diferença, já que aquela é equiparada à esposa (ao casamento), ao passo que os direitos da nova Lei não são estendidos ao concubinato.

### 3.1. Requisitos da união estável

Impende descrever, preambularmente, o teor da Lei 8.971/94:

*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 5.478, de 25/07/68, 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.*

*Art. 2º – As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:*

*I – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;*

*II – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houve filhos, embora sobrevivam ascendentes;*

*III – na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.*

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

Conforme retro referido, a união estável deverá atender as mesmas exigências do casamento, ou seja, os companheiros deverão observar os deveres listados nos quatro incisos do art. 231 do Código Civil. Ausentes esses requisitos já não se terá a união estável, mas, sim, concubinato, porque “a notoriedade da relação, a existência de filhos, o tempo prolongado de convívio, são circunstâncias relevantes mas que, por si sós, não configuram a estabilidade da união. Todavia, se aliados ao elemento intencional, ao *animus* de viverem realmente como se fossem marido e mulher, envolvendo-se numa

10 PEREIRA, Virgílio de Sá. Citado por ARNALDO RIZZARDO, *op. cit.*, p. 339.

relação séria, com propósito de permanência, assistência mútua e fidelidade recíproca, ter-se-á delineado a união estável".<sup>11</sup>

Mas a nova Lei reclama, além disso, um requisito objetivo: lapso temporal superior a cinco anos, ou, se inferior, a existência de prole. Se o lapso prazal for marcado por período descontínuo não haverá a união estável, porque "se a estabilidade do relacionamento constitui elemento essencial do tipo, não há como cogitar de tal **accessio temporis**. Assim, havendo interrupção voluntária do relacionamento pessoal, imputável a qualquer dos cônjuges, ou a ambos, faz-se mister o reinício da contagem do prazo para o efeito de configuração da estabilidade da união".<sup>12</sup>

Havendo prole,<sup>13</sup> não é necessário provar o prazo de cinco anos, mas, tão-somente, os requisitos da união estável (comportamento como marido e mulher). Ausente prole, o prazo da união estável deverá ser superior a cinco anos.<sup>14</sup> Em havendo filho, não há prazo pré-fixado, bastando a prova da existência da união estável, porque "a existência de prole apenas dispensa ou substitui o lapso temporal de cinco anos de vida em comum, mas não dispensa a comprovação da existência de uma relação qualificada como de companheirismo; até porque a prole comum poderia ter sido fruto de mera relação sexual ocasional ou de uma típica relação concubinária transitória ou efêmera".<sup>15</sup>

É claro que se travará batalha jurídica nos tribunais para se saber qual o lapso prazal suficiente para formatar a união estável, tendo em vista que antes da nova Lei já se doutrinava que uma união com *dois anos* de durabilidade pode, preenchidos os outros requisitos fundamentais, ser caracterizada como tal, principalmente se adveio filho desta união.<sup>16</sup>

### 3.2. Inconstitucionalidade parcial do art. 1º da Lei 8.971/94

Meditando acerca do assunto, ousamos discordar da doutrina que propugna a existência de lapso temporal para perfectibilizar a união estável, porquanto o art. 1º da Lei 8.971/94, quando exige que a companheira viva com o companheiro *por mais de cinco anos, ou dele tenha prole, é de duvidosa constitucionalidade*.

11 Lia Palazzo RODRIGUES, em artigo publicado na revista *Ajuris* 63, p. 309.

12 Luís Alberto d'Azevedo AURVALLE. Art. cit., p. 248.

13 Nesse sentido: CAHALI, Yussef Said, ob. cit., p. 3; RODRIGUES, Lia Palazzo, art. cit., p. 309; FARDIN, Noêmia Alves, op. cit., p. 132; PARIZATTO, João Roberto, ob. cit., p. 52; AURVALLE, Luís Alberto D'Azevedo, art. cit., p. 249.

14 Esposamos a tese de que a união estável não reclama lapso prazal fixo, bastando que sejam atendidos os requisitos do art. 231 do Código Civil, o que será visto no capítulo seguinte.

15 CAHALI, Yussef Said. Citando, também, CAHALI, Francisco José, em suplemento de atualização na obra *Dos Alimentos*. RT, 2ª ed., 2ª tiragem, p. 3.

16 MOURA, Mário Aguiar. Citado por FARDIN, Noêmia Alves na ob. cit., p. 75.

Ora, se a Constituição Federal equiparou a união estável ao casamento, não pode lei ordinária dizer o contrário, já que para o casamento não há prazo para início dos efeitos jurídicos: basta o matrimônio. Assim, também, deverá ser na união estável: basta a sua existência, cuja prova não é pré, e sim pós-constituída, não se podendo presumir *juris et de jure* que a união estável, com ou sem prole, estará configurada com um, dois, três, quatro, cinco ou mais anos. Não é o fator temporal que vai informar o nascimento da entidade familiar, mas, sim, a situação fática consubstanciada no preenchimento dos mesmos requisitos reclamados para o casamento: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos.

Há mais: a jurisprudência já concedia aos companheiros os mesmos direitos listados na nova Lei, como: alimentos,<sup>17</sup> meação,<sup>18</sup> inclusive a quem sequer mantinha vida em comum,<sup>19</sup> usufruto<sup>20</sup> e herança,<sup>21</sup> pelo que se afastaria a lógica do razoável<sup>22</sup> em admitir-se que um estatuto legal possa afastar a realidade fática, concedendo menos direitos do que a jurisprudência e, ainda, imponha requisito temporal para a concessão desses direitos, já que “o direito é prenhe de vida, não podendo ficar afastado do fato social, preso a dogmas e preconceitos”.<sup>23</sup>

Além do mais, se a Magna Carta determinou que “a união estável concubinária entre um homem e uma mulher pudesse ser, em certas situações, convertida ou, quiçá, equiparada ao matrimônio, dependendo do que a lei estabelecer”,<sup>24</sup> não há razão alguma para se distinguir o matrimônio da união

---

17 Decisões colacionadas na RJTJRS 167, p. 323, rel. Des. PAULO HEERDT, em 01.06.94, e na RJTJRS 170, p. 261, rel. Des. WALDEMAR LUIZ DE FREITAS FILHO, em 21.12.94.

18 Decisão da 7ª CCv do TJRS, em 12.04.95, ap. nº594143604, rel. Des. ALCEU BINATO DE MORAES, assinalando que a companheira faz jus à meação, pouco importando a natureza da atividade desenvolvida. No mesmo sentido: RJTJRS 165/230, em 18.03.93, rel. Des. LUIZ FELIPE AZEVEDO GOMES; RJTJRS 167/392, em 11.08.94, rel. Des. ELISEU GOMES TORRES; RJTJRS 170/261, em 21.12.94, rel. Des. WALDEMAR LUIZ DE FREITAS FILHO; RJTJRS 170/296, em 10.11.94, rel. Des. ELISEU GOMES TORRES.

19 Verbete 382 da súmula do STF: *A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato.*

20 Decisão da 8ª CCv. do TJRS, relatora a 1ª Juíza de Alçada deste Estado, MARIA BERENICE DIAS, citada por NOÊMIA ALVES FARDIN, ob. cit., p. 135.

21 Acórdão da 7ª CCv. do TJRS, em 28.09.94, rel. Des. WALDEMAR LUIZ DE FREITAS FILHO, transcrito na RJTJRS 168/238.

22 A expressão “lógica do razoável” foi cunhada por RECÁSENS SICHES, jurista mexicano.

23 Des. ELISEU GOMES TORRES, em voto proferido no acórdão citado na RJTJRS 169, p. 378, lado direito.

24 Observação do Des. WALDEMAR L. DE FREITAS FILHO, em voto-relator transcrito na RJTJRS 168, p. 241, lado direito.

estável com o advento da Lei 8.971/94, porque ela trouxe, efetivamente, os mesmos direitos<sup>25</sup> da esposa à companheira.

Lia Palazzo Rodrigues,<sup>26</sup> embora não tenha pugnado a inconstitucionalidade do requisito temporal, concorda que não há necessidade de se aguardar cinco anos para comprovar a união estável, porque “caracterizada a vida **more uxorio**, mesmo antes de transcorrido o prazo legal de cinco anos, e mesmo sem a existência de prole, impõe-se a partilha dos bens adquiridos durante a constância do companheirismo, independentemente de qualquer outra comprovação que não a existência da união estável”.

Noêmia Alves Fardin,<sup>27</sup> na mesma linha doutrinária, professa que “muitas vezes pode acontecer que uma união de três ou quatro anos seja mais sincera e revestida de sentimentos mais verdadeiros que outra com mais de cinco anos de duração. Será que esta união não merecerá reconhecimento jurídico, não podendo a companheira ou companheiro valer-se do que dispõe a Lei 8.971/94? Crê-se que referido diploma legal não será aplicado de forma tão rigorosa”.

Estabelecendo a Constituição Federal que lei facilitará a conversão da união estável em casamento, e tendo a Lei 8.971/94 concedido aos companheiros os mesmos direitos dos casados, deduz-se que equiparou a entidade familiar ao casamento, pelo que não poderá a nova Lei ordinária fixar requisitos à união estável não exigidos ao casamento.

Substancioso exemplo é fornecido por João Batista Costa Saraiva<sup>28</sup> um casal promove uma festa para tornar público que a partir daquela data passarão a viver juntos como marido e mulher, isto é, em união estável. Certo dia, após seis meses, por exemplo, um deles sofre acidente de trânsito e falece. Será que o companheiro supérstite não tem direito à meação dos bens e aos demais direitos da nova Lei?

Insta, pois, consignar: não é o lapso prazal, e sim o **animus** dos companheiros de viverem como marido e mulher que indica a existência da união estável? Aos casados, desde o dia do matrimônio, estão assegurados todos os direitos da Lei Civil, mas aos companheiros, que ostentam o mesmo **status** social, não são concedidos esses direitos, configurando-se, assim, em grave injustiça contra aqueles que se encontram em igualdade de condições.

---

25 Há quem sustenta que à companheira foram outorgados mais direitos que à esposa, v.g.: alimentos, sem a prova da culpa (LIA PALAZZO RODRIGUES, no art. cit., p. 313); e a totalidade da herança em não havendo herdeiros necessários, mesmo os não concebidos na união estável.

26 RODRIGUES, Lia Palazzo. Art. cit., p. 313.

27 FARDIN, Noêmia Alves. Na op. cit., p. 130.

28 JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA, Magistrado e Professor de Direito de Família.

Em decorrência, é inconstitucional o art. 1º da Lei 8.971/94 no que se refere à exigência de prazo de cinco anos para a formatação da união estável, porque essa tem o seu norte igual ao do casamento: as exigências dos quatro incisos do art. 231 do Código Civil. Comprovados esses requisitos, que são detectados, evidentemente, antes de cinco anos, estaremos diante de uma união estável, porquanto é princípio extraído da própria Constituição Federal e, agora, de lei ordinária, que estabelecem a igualdade entre o casamento e a entidade familiar.

### 3.3. Vigência da nova lei

A doutrina ainda não se manifestou acerca do fato de a Lei da União Estável ser aplicada aos fatos já formatados quando de sua publicação, em 30/12/94, ou se a Lei somente poderá ser aplicada daqui a cinco anos.<sup>29</sup>

Creemos que pode ser colhida a mesma doutrina aplicada à adoção ocorrida antes da Constituição Federal, ou seja, a Lei 8.971/94 é um estatuto legal que define o estado da pessoa, sendo, pois, aplicada aos fatos já existentes no momento de sua publicação.

Sérgio Gischkow Pereira,<sup>30</sup> prelecionando acerca da adoção anterior à Carta Magna, testifica que “os mais conhecidos cursos de Direito Civil repetem, como conhecimento primário e elementar, que ‘as leis que definem o estado da pessoa aplicam-se imediatamente a todos que se achem nas novas condições previstas’”. Prosseguindo, o eminente Desembargador gaúcho leciona que “quando se está diante de situação de estatuto legal pouco sobra de espaço para as noções de direito adquirido e ato jurídico perfeito, pois as partes celebraram determinado ato submetendo-se ao referido estatuto, e, portanto, anuíram desde logo nas futuras modificações que viesse a padecer o estatuto”.

Clóvis Beviláqua, no mesmo diapasão, doutrina que as leis de ordem pública “são as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do Direito. Lei que submete ao seu império a vontade dos particulares, assim as que impõe o dever de convivência dos cônjuges, que é consequência imediata do casamento, segundo o compreende a cultura moral em nossos dias”.<sup>31</sup>

Com a Lei da União Estável não ocorrerá turbulência doutrinária acerca da vigência da nova lei, tendo em vista que desde o ano de 1988, portanto há

29 Segismundo GONTIJO. Art. cit., p. 26, foi quem suscitou a dúvida.

30 Des. SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, em artigo escrito após a Constituição Federal, mas antes da Lei 8.971/94, sobre *A adoção e o Direito Intertemporal* publicado na revista *Ajuris* 55, p. 303.

31 Clóvis BEVILÁQUA. Citado por CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, em artigo publicado na *Revista dos Tribunais* 672, p. 75, lado esquerdo.



mais de sete anos, a união estável está inserida na Constituição Federal. Desta forma, desde a novel Lei das Leis já existia estatuto legal disciplinando a matéria da entidade familiar. Além disso, antes mesmo da edição da nova Lei, a doutrina e a jurisprudência já vinham concedendo à companheira<sup>32</sup> os mesmos direitos da esposa.

Observa-se, contudo, que se a dissolução da união estável ocorreu “antes da vigência da atual Constituição, a partilha se regula pelo direito anterior”,<sup>33</sup> não se aplicando a igualdade da união estável com o casamento.

Dessa formatação de fatores situacionais-legais, pode-se afirmar que a nova Lei é de ordem pública,<sup>34</sup> pelo que tem efeito imediato e geral, incidentes sobre dois efeitos jurídicos: 1) dos fatos já consolidados quando da publicação da Lei, alcançando, portanto, as situações fáticas pré-existentes da união estável; 2) naqueles fatos em que foram parcialmente produzidos anteriormente, mas que complementarão a união estável a partir da publicação da nova Lei. Em qualquer caso, desde que a dissolução tenha ocorrido após a vigência da Lei.

Resulta disso, que a nova Lei não exige um recomeço dos fatos a consolidar, a partir de sua publicação, a união estável. Se antes da Lei os companheiros mantinham comportamento a indicar a existência da união estável, essa circunstância fática será computada para auferir os benefícios do novo estatuto legal.

### 3.4. Companheiros da nova lei

De acordo com o art. 1º da Lei 8.971/94 somente os solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, podem constituir união estável. Contudo, há indignação na doutrina ante a exclusão das pessoas casadas, mas separadas de fato, que vivam sob o manto da autêntica união estável. A doutrina,<sup>35</sup> até aqui existente, à unanimidade, pugna a *inclusão do casado, mas separado de fato*, no rol dos que podem usufruir dos benefícios da nova Lei.

Com efeito, segundo Luiz Felipe Brasil Santos, “a jurisprudência terá novamente que preencher o vácuo deixado pelo legislador, de vez que salta aos olhos a injustiça de deixar ao desamparo aquela mulher que dedicou longos anos de sua vida a um homem e que, já velha, é abandonada por este, ficando,

32 Repisa-se: na expressão *companheira*, entende-se, também, *companheiro*.

33 Ap. nº 595064445, da 7ª CCv. do TJRS, em 16.08.95, rel. Des. LUIZ FELIPE AZEVEDO GOMES.

34 Indagação formulada por SEGISMUNDO GONTIJO, no art. cit. p. 26.

35 Nesse sentido: a) SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Em artigo publicado na revista *Ajuris* 63/316; b) FILIPPI, Rejane Brasil. Em *Uma Lei para os Companheiros*, Jornal Zero Hora, Porto Alegre, de 25.01.95, p. 19; c) AURVALLE, Luiz Alberto D’Azevedo. No artigo, p. 247; d) RODRIGUES, Lia Palazzo. Artigo cit., p. 308.

entretanto, impedida de obter alimentos porque ele ainda era formalmente casado com outra e jamais se preocupou em desfazer juridicamente aquela primeira união. Não é justo que, pela falta de iniciativa e interesse do ex-companheiro em regularizar seu estado civil, a companheira abandonada seja prejudicada por omissão a que não deu causa”.<sup>36</sup>

Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, insurgindo-se contra a exclusão do casado, mas separado de fato, instrui que “tal situação não se coaduna com um direito de família moderno, que deve prestigiar o conteúdo sobre a forma, exemplo do que ocorre com o ‘contrato realidade’ do Direito do Trabalho. Ora, a separação de fato representa a falência do casamento, encarado como comunhão plena de vida’, como lhe denomina, com notável felicidade, o Código Civil Português, sendo, pois, inconcebível que o Direito legislado teime em lhe apoucar”.

Antes da edição da nova Lei já habitavam decisões jurisprudenciais no cenário jurídico nacional que definiam como união estável também as edificadas entre as pessoas separadas de fato, mesmo casadas, unidas com ânimo definitivo pelos laços do amor.<sup>37</sup>

Lia Pallazzo Rodrigues,<sup>38</sup> invocando acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná com relação à injustiça praticada contra os casados, mas separados de fato, lembra que “este diploma legal deixou, injustificadamente, ao desabrigo aqueles que mantêm relação estável assemelhada ao casamento, mas em que um dos parceiros é casado, embora separado de fato do seu cônjuge”.

Apadrinhamos o entendimento espraído pela doutrina, tendo em vista: **primo**, não é justo, nem jurídico, que se penalize a quem não tinha legitimidade para o ajuizamento da separação judicial ou do divórcio; **segundo**, não há razão jurídica de o legislador incluir o separado judicialmente, mas excluir o separado de fato, se ambos necessitam promover ação de divórcio para contrair matrimônio; **tercio**, se a jurisprudência já concedia aos casados, mas separados de fato, os mesmos direitos outorgados aos viúvos, solteiros e separados judicialmente, não é lógico, nem razoável, que a nova Lei, que deve retratar a realidade social, exclua essas conquistas.

---

36 Luiz Felipe Brasil SANTOS. Artigo cit., p. 316, citando, também, acórdão do STF, anterior à nova lei.

37 João Roberto PARIZATTO. Na op. cit., p. 29, citando acórdão do STJ e o verbete 380 da súmula do STF, transcrito na RT 684/190. No mesmo sentido, LIA PALAZZO RODRIGUES, art. cit., p. 308, além de invocar acórdão do TJPR, testifica que “este diploma legal deixou, injustificadamente, ao desabrigo aqueles que mantêm relação estável assemelhada ao casamento, mas em que um dos parceiros é casado, embora separado de fato do seu cônjuge”.

38 Lia Pallazzo RODRIGUES. Na op. cit., p. 308.

### 3.5. Regime de bens

Permanece, com o advento da Lei 8.971/94, o regime da comunhão parcial de bens na união estável, conforme pacífica jurisprudência, porquanto “com o novo regramento erigindo a união estável à condição de entidade familiar, equiparável ao casamento convolado sob o regime da comunhão parcial de bens (art. 258 do CC), sua dissolução já não mais se resolve com base no Direito Obrigacional, mas segundo as normas do Direito de Família, porque vida em comum não corresponde à sociedade de fato”.<sup>39</sup>

Com base na nova Lei da União Estável há de ser perquirido se os companheiros têm, ou não, o direito de perfectibilizar um *pacto patrimonial*, em analogia ao *pacto antenupcial* disponível no casamento.

Entendemos que sim, porque se a união estável foi elevada ao mesmo patamar do casamento, portanto com os mesmos direitos e deveres, os companheiros podem, também, escolher sob qual regime de bens será sua convivência, na medida em que não há mais qualquer discriminação na concessão dos direitos aos companheiros (alimentos; usufruto; meação; herança; doação; testamento; reconhecimento de paternidade ou de maternidade; nomeação de inventariante; separação de corpos; arrolamento de bens; seqüestro de bens; guarda de filho; reconhecimento e dissolução da união estável; uso do patronímico do marido), enfim, todo direito outorgado à esposa é suscetível de ser utilizado pela companheira.<sup>40</sup>

Sendo a igualdade do casamento e da união estável constitucional e, agora, legal, não há razão alguma de se negar aos companheiros todos os direitos ofertados aos casados, entre os quais o *pacto patrimonial*. Até por questão de prova da união estável poderão os companheiros lavrar escritura pública de *pacto patrimonial* no qual escolherão o regime de bens (separação ou comunhão universal), com a finalidade de regular a sua vida patrimonial, porque se o pacto não for perfectibilizado o regime de bens será o parcial.

Deve ser salientado, porém, a ausência do direito de escolha do regime da comunhão universal de bens a quem é casado, mas separado de fato, porquanto faria comunicar os bens adquiridos no casamento, prejudicando, assim, a meação da ex-cônjuge, transgredindo o art. 257, inc. I, do Código Civil, que dispõe como não escrita a cláusula ou convenção que prejudique os direitos conjugais, ou os paternos.

Assim como o casamento é condição suspensiva do pacto antenupcial,<sup>41</sup> a união estável, *mutatis mutandis*, é condição suspensiva do pacto

39 Acórdão da 8ª CCv do TJRS, em 29.09.94, rel. Des. LÉO AFONSO ELNLOFT PEREIRA, transcrito na RJTJRS 168/348.

40 João Roberto PARIZATTO. Na op. cit., pp. 37/42, cita, ainda, mais vinte e três conquistas pela companheira, então concubina.

41 GOMES, Orlando. Em *Direito de Família*. Forense, 7ª ed., 1994, p. 170.

patrimonial. Os efeitos do pacto começam, como no casamento, na celebração da união estável, mas não se produzem enquanto esta não for comprovada.

### 3.6. Foro competente

Com o surgimento da nova Lei, afasta-se, definitivamente, a questão do foro competente para o julgamento das ações envolvendo união estável. Equiparada ao casamento, todas as demandas deverão ser, efetiva e inexoravelmente, discutidas na Vara de Família, portanto em segredo de justiça e com obrigatória intervenção do Ministério Público. É o que já vinha decidindo a jurisprudência majoritária, porque não se discute nessas ações somente questão patrimonial, mas, sobretudo, relações familiares.

### 3.7. Alimentos

A nova Lei, atualizando-se com a jurisprudência, concede alimentos à companheira. Discute-se a partir da nova Lei se é aplicável o rito da Lei 5.478/68, com a concessão liminar de alimentos provisórios para os companheiros. Esta questão ainda é tormentosa, não devido ao direito dos alimentos, e sim quanto ao rito da ação (processual). Com efeito, até a implementação dessas linhas era dividida a doutrina existente, vez que parte dela adota o entendimento de que, se não comprovada de plano a união estável, a ação é ordinária,<sup>42</sup> sem concessão de medida liminar; outro segmento doutrinário punge a aplicação integral da Lei 5.478/68, com rito especial, mas sem a concessão de alimentos provisórios quando ausente prova *sólida* da união estável.<sup>43</sup>

Inobstante a divergência doutrinária, é inegável a aplicação integral da Lei 5.478/68, inclusive com o rito especial e alimentos provisórios, porquanto o art. 1º da Lei 8.971/94 obriga a adoção desse rito processual. O fato de se tornar difícil a comprovação *ab initio* da união estável não deve retirar o direito de os companheiros coligirem aos autos documentos a comprovarem a verossimilhança de seu direito. Inúmeras são as formas de se comprovar a aparência da união estável e, com isso, o adiantamento da tutela através dos alimentos provisórios, porque *provabilidade* não é sinônimo de certeza, mas, sim, que apresenta possibilidade, que tem aparência de verdadeiro, que se pode provar.<sup>44</sup> Alguns exemplos da provabilidade da união estável podem ser listados:

a) certidão de nascimento ou de batismo da prole;<sup>45</sup>

42 Yussef Said CAHALI. Na ob. cit., p. 04.

43 Luiz Felipe Brasil SANTOS. Art. cit., p. 317.

44 Segundo *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª ed., Ed. Nova Fronteira.

45 A jurisprudência tem considerado forte indício da união estável a existente na certidão de batismo com o nome do companheiro (RJTJRS 167/303, lado esquerdo).

b) inscrição da companheira no Imposto de Renda ou como dependente do INSS; cadastro conjunto em agência bancária; conta-corrente conjunta; ou aplicações financeiras em nome da companheira;<sup>46</sup>

c) casamento religioso; certidão de casamento no estrangeiro; ou testamento do falecido companheiro;<sup>47</sup>

d) justificação judicial;<sup>48</sup>

e) escritura pública de pacto patrimonial; testamento que reconhece a união estável; testamento beneficiando a companheira; pedido de guarda ou adoção de infante pelos companheiros; seguro de vida beneficiando companheira; depoimento pessoal reconhecendo a união estável; contrato de locação em conjunto; averbação de patronímico; compra e venda conjunta de bem móvel ou imóvel; sentença criminal reconhecendo a circunstância legal de coabitação; enfim, um documento que aponte a existência da união estável.

Não é preciso que a prova pré-constituída seja sólida;<sup>49</sup> bastam indícios da existência da união estável: não é necessário o juízo de certeza, e sim de verossimilhança, de provabilidade, isso porque não há prejuízo irreparável na concessão dos alimentos provisórios, considerando-se que cabe a sua restituição judicial. É o que professa Rolf Madaleno,<sup>50</sup> porque “presentes as causas exoneratórias, nada impede sejam aplicados os mesmos princípios comentados no item anterior, tendentes a responsabilizar o ex-cônjuge destinatário de pensão por perdas e danos e reposição das pensões que passou a receber indevidamente, desde a sua citação no processo de exoneração, com suporte no princípio do *enriquecimento sem causa*”.

Além disso, a prática forense têm demonstrado que dificilmente o demandado é executado para pagar os alimentos provisórios antes da audiência de conciliação, justamente pelo fato de a Lei determinar que se conceda preferência de pauta às ações alimentares.

Na audiência de conciliação, concedida, ou não, a liminar de alimentos provisórios, inobtida a transação, a autora produzirá as provas do trinômio<sup>51</sup> união estável-necessidade-possibilidade.

46 Exemplos citados no acórdão acima, p. 305.

47 Citados por Segismundo GONTIJO. Na op. cit., p. 25.

48 João Roberto PARIZATO. Na ob. cit., p. 55, cita acórdão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que acena positivamente à justificação judicial para comprovar a convivência *more uxorio*.

49 Luiz Felipe Brasil SANTOS. Art. cit., p. 317, apadrinha a tese ora sufragada (de que a ação de alimentos deve seguir o rito especial), mas acrescenta que os alimentos provisórios dependerão de prova inicial sólida.

50 Rolf MADALENO. Em artigo *Alimentos e Sua Restituição Judicial*, publicado na revista *Ajuris* 62, p. 314.

51 Com o advento da nova lei não basta que os companheiros provem o binômio necessidade-possibilidade, mas, sim, o trinômio: prova da união estável-necessidade-possibilidade.

Rejeitamos, assim, a necessidade da prova sólida pré-constituída, para adotar o rito especial da Lei 5.478/68 na ação de alimentos aos companheiros, concedendo-se os alimentos provisórios sempre que a peça incoativa estiver acompanhada com algum documento a indicar a aparência de verdadeiro da união estável.

Devem ser dissecadas mais três questões quanto aos alimentos: 1) rompimento da obrigação alimentar; 2) necessidade-possibilidade do valor dos alimentos; 3) culpa pela dissolução da união estável.

A *uma*, cessa a pensão alimentícia à companheira que contrair casamento, união estável, ou concubinato; auferir rendimento suficiente para seu sustento, ou, ainda, quando mantiver vida irregular ou desregrada.<sup>52</sup> Basílio de Oliveira cita cinco casos em que ocorre a exoneração da pensão à companheira: “a) a desnecessidade da mulher que alcançou nível econômico e de prosperidade após a separação, deixando de ser considerada pobre; b) auferição de renda superior ao alimentante; c) conseqüente empobrecimento do marido e enriquecimento da mulher; d) conduta irregular da mulher; e) o concubinato da mulher alimentária”.

A mesma doutrina é esposada por Sérgio Gilberto Porto,<sup>53</sup> já que “não subsiste para o marido a obrigação de prestar alimentos, se a mulher que vive separada do cônjuge tem vida irregular, leva vida mundana, desregrada e imoral, mantém comportamento extravagante que o avilta, e repreensível, entrega-se a uma relação concubinária ou às vicissitudes de vida sentimental e amorosa com outros homens”.

Nesses casos, portanto, para a cessação dos alimentos à companheira, o que importa não é somente novo casamento, união estável ou concubinato, como, também, o *congresso sexual mundano* ou o *comércio sexual* que caracterizam, notadamente, o comportamento indigno.

A *duas*, a necessidade-possibilidade do alimentando-alimentante deverá ser, outrossim, comprovada,<sup>54</sup> não havendo presunção absoluta da necessidade pelo simples ajuizamento da demanda alimentar, sob pena de se presumir o acolhimento de todos os pedidos. A requerente deverá comprovar que necessita dos alimentos, o valor correspondente, assim como produzir prova dos rendimentos do demandado. Deverá ser considerado na fixação da pensão alimentícia à companheira o fato de o alimentante ter edificado nova família, porque tem o direito de reconstituir sua vida sentimental, sob pena de a decisão judicial impingir-lhe o celibato, e, caso já fixada, poderá ajuizar ação revisional.

52 João Roberto PARIZATTO. Ob. cit., p. 65, citando acórdão transcrito na RTJ 120/1.258.

53 Sérgio Gilberto PORTO. Em *Doutrina e Prática dos Alimentos*. Aide, 2ª ed., 1993, p. 227, citando abundante jurisprudência.

54 Dispensa maiores lucubrações o já sabido e consabido binômio.

A *três*, a tormentosa questão da culpa pela separação dos companheiros como dever de pensionar. Não se desconhece as teorias, inclusive alienígenas, acerca do dever de alimentar a cônjuge, ou a companheira, independentemente de sua culpa. Respeitando os argumentos resenhados por aqueles que sustentam o dever de pensionar a companheira, mesmo comprovada a sua culpa, mas acompanhamos os que repudiam essa responsabilidade objetiva. Obrigar o ex-companheiro *inocente* a pagar pensão alimentícia à ex-companheira *culpada* é penalizar financeiramente um inocente e eliminar o princípio da razoabilidade, porque casamento ou união estável, inexoravelmente, não é sinônimo de previdência social.<sup>55</sup>

Se a união estável é *equiparada* ao casamento, e se este desonera do dever de pensionar quem é inocente (art. 19 da Lei 6.515/77), não se pode coagir (sob pena de prisão civil) o companheiro inocente a pagar alimentos não devidos pelo casado, sob pena de se apadrinhar flagrante desigualdade entre o casamento e união estável, numa autêntica ilegalidade dessa obrigação por privilegiar a esposa mais do que a companheira, “comprometendo até mesmo a subsistência do casamento”.<sup>56</sup>

Esse problema pode ser resolvido com base na *teoria do privilégio* edificada pelo Desembargador gaúcho Paulo Heerdt,<sup>57</sup> quando colmatou a lacuna doutrinária acerca da igualdade entre os cônjuges, isso porque “sempre que a lei ordinária tiver consagrado uma desigualdade entre o marido e a mulher, na sociedade conjugal, devem ser acrescentados direitos, e devem ser acrescentados deveres para aquele cônjuge que estiver em situação de inferioridade segundo as normas do CC”. Logo a seguir, o desembargador gaúcho equaciona a presente querela, ao professar que “se a família é a base da sociedade e se ela vem do casamento, enquanto a entidade familiar decorre da união estável e da comunidade entre ascendentes e descendentes, então tirar direitos e deveres dos casados importaria em enfraquecer a sociedade conjugal”.

Portanto, enfraqueceria a sociedade conjugal se fosse retirado o privilégio do casado em somente pagar pensão alimentícia em caso de culpa pela separação; logo, não se trata de um dever (pagar pensão mesmo quando a companheira for culpada pela dissolução da união estável) a ser transferido ao companheiro, e sim de privilégio advindo do art. 19 da Lei do Divórcio, que o isenta do pagamento de alimentos quando inocente. Desta forma, em havendo a igualdade entre os casados e os companheiros, esse privilégio de

55 Acórdão da 6ª CCv. do TJRS, transcrito na RJTJRS 146/172.

56 CAHALI, Francisco José. Citado por LUÍS ALBERTO d'AZEVEDO AURVALLE, no art. cit., p. 254, o qual lista vários autores que reclamam a prova da culpa como dever de indenizar.

57 Des. HEERDT, Paulo. Em artigo *Igualdade entre os cônjuges*. transcrito na revista *Ajuris* 57, p. 281.

pagar alimentos somente em caso de ser provada a sua culpa é outorgado, igualmente, ao companheiro.

Em decisão recente do Tribunal de Justiça deste Estado<sup>58</sup> foi ratificado o entendimento de que cônjuge inocente não paga pensão alimentícia. O voto-relator do Desembargador Paulo Heerdt edificou um **leading case**, cujos termos tomamos em comodato, isso porque “pelo menos a partir do art. 19 da Lei do Divórcio ficou muito claro que o cônjuge culpado pagará alimentos ao outro, ou seja, a **contrario sensu**, apenas o cônjuge inocente tem direito de alimentos. De tal sorte que se o cônjuge, mesmo que necessitado financeiramente, tiver dado causa à separação, ele não faz jus aos alimentos”.

### 3.8. Meação dos bens

Outro direito concedido pela nova Lei, o qual, aliás, já era concedido pela jurisprudência, é a meação dos bens adquiridos na constância da união estável. Um aspecto importante merece ser lembrado: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não mais reclama a contribuição direta da companheira na aquisição dos bens, “a indireta, ainda que eventualmente restrita ao trabalho doméstico, poderá ser o bastante”.<sup>59</sup>

Esse é, também, o entendimento sufragado pelo Tribunal de Justiça deste Estado,<sup>60</sup> porquanto “comprovada a união estável, faz jus a companheira à meação dos bens amealhados no período de convivência, pouco importando a natureza da atividade por esta desenvolvida”.

Em suma, basta que haja união estável para que a companheira tenha direito à meação dos bens amealhados, motivo pelo qual a expressão utilizada pelo art. 3º da Lei 8.971/94 [*resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro (a)*] deve ser entendida como a simples companhia na união estável, já que se presume que no casamento, ou na união estável, as atividades de coabitação; fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos, *exigem colaboração mútua*. Entendimento diverso, além de se postar contra a doutrina e a jurisprudência, representaria um retrocesso social injustificável.

### 3.9. Herança

O inc. III do art. 2º da Lei 8.971/94, que trouxe enorme inovação ao Direito Brasileiro, possui a seguinte redação: “na falta de ascendentes e de

58 Acórdão da 7ª CCv. do TJRS, em 21.12.94, rel. Des. ALCEU BINATO DE MORAES, transcrito na RJTJRS 170/226, lado direito.

59 Decisão do Superior Tribunal de Justiça, rel. o eminente Min. EDUARDO RIBEIRO, em 16.04.90, transcrita na RJTJRS 169, p. 330.

60 Recentíssimo acórdão do TJRS, no Rec. Apel. 594143604, em 12.04.95, rel. Des. ALCEU BINATO DE MORAES.



descendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”. Agora em diante, os companheiros devem ser incluídos na ordem de vocação hereditária do art. 1.603, inc. III, do Código Civil, em igualdade de condições com os casados.

Em decorrência, a companheira,<sup>61</sup> além da meação dos bens havidos na constância da união estável, terá direito, na falta de herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), à *totalidade dos bens da herança do de cujus*. Explicando: metade dos bens auferidos na constância da união estável caberá à companheira sobrevivente (meação), e ausentes herdeiros necessários, mais a outra metade (sucessão), com o que a companheira receberá toda a herança de seu companheiro.

Não somente os bens auferidos durante a união estável que caberão à companheira sobrevivente, ausentes herdeiros necessários, como, também, aqueles que o *de cujus* tiver *antes da união estável e aqueles recebidos por herança e doação*. É por isso que se espria na doutrina a seguinte indagação: a companheira supérstite, que manteve união estável sob o regime da comunhão parcial de bens, herdará todos os bens do *de cujus*, inclusive os *não* adquiridos durante a união estável e os recebidos em doação ou herança? Luiz Felipe Brasil Santos<sup>62</sup> acena positivamente, porque “não havendo descendentes ou ascendentes, o (a) companheiro (a) supérstite herdará todos os bens, independentemente de haver ou não contribuído para sua aquisição, e independentemente do fato de que tais bens tenham sido *não* adquiridos durante o período de vida em comum”.

Mas, aí, surge outro problema, já que há dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca de os casados terem, ou não, o direito de serem, como os companheiros, herdeiros universais em caso de ausência de herdeiros necessários,<sup>63</sup> porque “se não é justo que a mulher ou o varão receba neste regime atual de comunhão parcial de bens, que é o regime legal vigente para os casados, se não é lícito algum deles reclamar os bens que o outro houve por sucessão ou doação, ou que tenha trazido anteriormente à união, também não é justo que a companheira, a concubina, faça jus a esses bens. Inexistindo disposição de última vontade, devem os parentes na linha colateral ser chamados a suceder”.

Melhor explicando: parte da doutrina e da jurisprudência sustenta que no regime da comunhão *parcial* de bens não se transmitem à cônjuge ou à companheira os bens que não foram amealhados durante a sociedade conjugal ou da união estável, seja através de doação ou por herança, porque, nesse caso, devem ser chamados os colaterais.

61 Não é demais repetir: companheira e companheiro têm os mesmos direitos.

62 Luiz Felipe Brasil SANTOS. Art. cit., p. 318.

63 Acórdão da 8ª CCv. do TJRS, em 27/10/94 (portanto *anterior* à edição da nova Lei), transcrito na RJTJRS 168, p. 377, rel. Des. LÉO AFONSO EINLOFT PEREIRA.

A questão é polêmica, porque a nova Lei outorgou mais direitos aos companheiros do que é concedido aos casados. Deve, pois, ser indagado: é constitucional outorgar mais direitos aos companheiros do que aos casados? Evidentemente que não, porque nem a Constituição Federal, nem o Código Civil, fazem essa discriminação. Aliás, nem poderiam fazê-lo, porque a Magna Carta equiparou a entidade familiar ao casamento; logo, quando alguma coisa é equiparada à outra não pode ser superior a ela.

Em resumo: a Lei da união estável instituiu um privilégio aos companheiros em relação aos casados, ou seja, em não havendo herdeiros necessários, os companheiros podem herdar os bens não trazidos à união estável, mesmo que o regime parcial de bens determine que não se comunicam os aprestos (vindos para o casamento) e os recebidos em doação ou em herança, conforme preceitua o art. 269 e seus quatro incisos, do Código Civil. Com a disposição da nova Lei, ficou revogado esse artigo, porque, no regime da comunhão parcial ou separação de bens, em não havendo herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), a companheira sobrevivente herdará todos os bens, sejam os auferidos na união estável, sejam os que o companheiro já possuía antes dessa união, sejam os que recebeu em doação ou herança, afastando, assim, os herdeiros colaterais.

Para resolver a pendenga, adota-se, novamente, o magistério do Desembargador Paulo Heerdt,<sup>64</sup> que em notável construção jurídica, edificou a *teoria do privilégio*, porque “sempre que a lei ordinária tiver consagrado uma desigualdade entre o marido e a mulher, na sociedade conjugal, devem ser acrescentados direitos, e devem ser acrescentados deveres para aquele cônjuge que estiver em situação de inferioridade segundo as normas do CC”.

Acoplada essa doutrina para a união estável, **mutatis mutandis**, se a nova Lei consagrou uma desigualdade entre o casamento e a entidade familiar, devem ser acrescentados direitos, e devem ser acrescentados deveres para aqueles que estiverem em situação de inferioridade (no caso os casados); assim, o privilégio conferido pela Lei da União Estável (de receber a *totalidade da herança*, em não havendo herdeiros necessários) *deve ser, também, conferido aos casados*.

Decorre, disso tudo, que os casados e os companheiro afastarão os herdeiros colaterais, herdando *todo* o patrimônio do *de cujus* quando ausente herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), independentemente do regime de bens.

Contudo, quando o companheiro é casado, mas separado de fato,<sup>65</sup> a companheira não poderá, obviamente, herdar todo o patrimônio do *de cujus*,

64 Des. HEERDT, Paulo. Art. cit., p. 281.

65 A lei não inclui o separado de fato no rol dos companheiros. A construção jurídica é doutrinária.

porque terá de respeitar a meação da ex-cônjuge. Então, se o de cujus estiver separado de fato, cada qual (a ex-cônjuge e a atual companheira) ficarão com a sua meação, e se o regime anterior for o de parcial de bens, os bens havidos por herança ou por doação serão divididos meio-a-meio entre as duas.<sup>66</sup>

Em outros termos: se o falecido era casado pelo regime da comunhão parcial de bens, e se formatou nova união estável, seu patrimônio deverá ser assim dividido: a) a ex-cônjuge ficará com a sua meação; b) a ex-companheira ficará com a sua meação da união estável; c) os bens havidos antes do casamento (ou da união estável), ou, ainda, os adquiridos durante o casamento (ou da união estável), mas *por doação ou herança*, deverão ser repartidos em partes iguais entre ex-cônjuge e ex-companheira, as quais herdarão em igualdade de condições. Haverá, em decorrência, dupla incidência do art. 1.603, inc. III, do Código Civil, porque nenhuma excluirá a outra.

#### 4. PECULIARIDADES

a) Luiz Felipe Brasil Santos<sup>67</sup> lamenta que o legislador não tenha disciplinado o direito de os companheiros formatarem a partilha em vida dos bens comuns. Cremos, entretanto, que pela igualdade entre os casados e os companheiros imposta pela Constituição Federal e, agora, pela nova Lei, todo o privilégio concedido aos casados é estendido aos companheiros, e vice-versa, inclusive quanto ao usufruto<sup>68</sup> e ao direito em partilhar em vida os bens havidos na constância da união estável. Com isso, invocamos novamente a teoria cunhada pelo Desembargador Paulo Heerdt,<sup>69</sup> porque *se a lei ordinária tiver consagrado uma desigualdade entre os casados e a união estável, devem ser acrescentados direitos, e devem ser acrescentados deveres para aqueles que estiverem em situação de inferioridade*. Tendo os casados o direito de partilhar em vida os bens havidos na constância do casamento, esse privilégio é transferido aos companheiros, evitando-se, assim, a desigualdade de entre o casamento e a união estável.

Em resumo: doravante, com base na Constituição Federal, na Lei do Divórcio, no Código Civil, na Lei 4.121/62, e na Lei 8.971/94, todo direito

66 Repisa-se: quando o companheiro for separado de fato, descabe eleger, no *pacto patrimonial*, o regime da comunhão (universal) de bens, porque ofenderia a meação da anterior cônjuge (companheira).

67 Luiz Felipe Brasil SANTOS. Ao art. cit., p. 318.

68 O STJ, pela 4ª Turma, em 29/08/94 (DUJ 197, p. 27897, de 17.10.94), decidiu que "o direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo consorte, na forma do art. 1.611, § 1º, do Código Civil, com redação que lhe deu a Lei 4.121/62, é privativo do cônjuge casado sob o regime de separação de bens". Agora, com o advento da Lei 8.971/94, que concedeu o direito ao usufruto aos companheiros, em qualquer regime de bens, esse direito é estendido ao casamento.

69 Des. HEERDT, Paulo. art. cit., p. 281.

outorgado e todo dever imposto aos casados e aos companheiros será creditado e debitado, respectivamente.

Extrai-se dessas lucubrações, que os companheiros, assim como os casados, podem confeccionar testamento, dispondo da parte disponível de sua meação para terceiro ou para o próprio companheiro,<sup>70</sup> ou, ainda, excluindo o companheiro da vocação hereditária quando inexistentes herdeiros necessários.

b) Quando a dissolução da união estável ocorrer por vontade de um dos companheiros deverá ser demonstrado o fundamento fático (motivo), nos mesmos termos da separação judicial (art. 5º da Lei 6.515/77 e art. 231 do Código Civil). Deixar que a dissolução da união estável ocorra imotivadamente é incentivar a inferioridade e a instabilidade dessa união, além de não ser possível aplicar à união estável as mesmas penalidades da separação judicial ao cônjuge/companheiro culpado, com incidência dessa culpabilidade aos direitos dos filhos, alimentos, bens e nome (a companheira poderá ter adotado o patronímico do companheiro).

c) Pela igualdade estabelecida entre o casamento e a união estável, o Juiz poderá deixar de homologar a partilha dos bens constante em homologação de dissolução de união estável, quando verificar que prejudica os interesses de qualquer um dos companheiros por imposição de cláusula que desequilibra a partilha e impõe abusiva restrição ao patrimônio. Nesse caso, é nula a cláusula abusiva, porque “é hipótese de lesão enorme, princípio geral que desde sempre orientou nosso Direito Civil para evitação de cláusulas abusivas e hoje incorporado ao nosso Direito legislado no art. 4º, alínea b, da Lei 1.521/51, que define a usura real como causa de nulidade absoluta”.<sup>71</sup>

## 5. CONCUBINATO

Conforme dito na introdução, entendemos que, doravante, são três os tipos de união entre um homem e uma mulher: a) casamento; b) união estável; c) concubinato.

A Carta Magna e a Lei 8.971/94 somente disciplinam a união estável. Mas ainda subsiste o concubinato naqueles casos em que os concubinos não

---

70 Maria Helena DINIZ. Em *Código Civil Anotado*. Saraiva, 1995, p. 929, professa que “devido ao caráter personalíssimo do testamento, vedado está testamento conjuntivo, ou seja, ninguém poderá, juntamente com outrem, mesmo sendo marido e mulher, dispor, num só instrumento, de seus bens. A proibição de testamento conjuntivo, seja ele simultâneo, recíproco ou correspectivo, se dá por ser inadmissível o pacto sucessório em nosso Direito. Nada impede que marido e mulher em instrumentos diferentes, na mesma data, deixem bens um para o outro”.

71 Decisão da 5ª CCv. do TJRS, em 04/04/91, rel. o então Desembargador, hoje Ministro, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, transcrita na RJTJRS 152, p. 514.

mantém vida em comum sob o mesmo teto, como marido e mulher. É o caso do verbete 380 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, porque “não exige a lei, para a existência do concubinato, a vida em comum, como marido e mulher. Não se exige, sequer, a vida sob o mesmo teto, mas unicamente ligações freqüentes, com atos e procedimentos que demonstrem as relações sexuais”.<sup>72</sup>

São justamente esses fatos que separam a união estável do concubinato: na união estável são exigidos os mesmos requisitos do casamento, ou seja, fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos (incs. I a IV do art. 231 do Código Civil); já no concubinato, não há essas exigências, bastando que os concubinos mantenham freqüentes encontros a demonstrar o relacionamento sexual, desnecessitando a vida em comum e sob o mesmo teto.

Acentua-se, porém, que os concubinos também devem ser solteiros, separados judicialmente ou de fato, viúvos ou divorciados, porquanto se um deles for casado e viver com a esposa, não haverá concubinato, muito menos união estável, e sim concubinagem.

---

72 Noêmia Alves FARDIN. Ob. cit., p. 72, citando acórdão do STF, em 20/05/47, que pode ser adotado, agora com a nova Lei, a demonstrar que ainda subsiste o concubinato, já que na união estável há a obrigatoriedade da vida em comum sob o mesmo teto, como marido e mulher, enfim, com atendimento de todos os deveres inerentes ao casamento; no concubinato não há o *more uxorio*.