

As leis da união estável e o direito intertemporal(*)

MARILENE SILVEIRA GUIMARÃES

Presidente do IDEF - Instituto Sul-Rio-Grandense de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família e membro efetivo do IARGS - Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO

1 - Conceito de União Estável e de Família. 2 - Evolução jurisprudencial e legislativa. 3 - Aplicação da lei no tempo, Direito Intertemporal. 4 – Conclusão.

1. CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL E DE FAMÍLIA

Acompanhando a evolução dos costumes, a Constituição Federal de 1988 reconheceu como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher. Segundo Teresa de Arruda Alvim Pinto, "para que se caracterize uma união estável é necessário que o homem e a mulher sejam reciprocamente fiéis, que tenham e vivam numa comunhão de interesses, por um tempo "razoável"; que a relação seja notória, que faça as vezes, social, afetiva e psicologicamente, de um casamento, que tenham os "unidos" animus de vida matrimonial. Não é necessário que residam sob o mesmo teto, nem que estejam separados ou divorciados dos cônjuges anteriores"¹. Para o Ministro do STJ, Carlos Alberto Menezes Direito, "... a evidência da vida em comum, more uxorio, por um determinado tempo, com estabilidade e vocação de permanência, com uso em comum do patrimônio" configura a união estável².

Portanto, acontece união estável sempre que um homem e uma mulher venham a se unir de forma pública, com vocação de permanência, por um tempo razoável, vivendo uma comunhão de vidas e de interesses, com animus de constituir familiar³.

A nova Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, garantindo a proteção do Estado não somente ao casamento, como à união estável e à família monoparental⁴.

A configuração da família muda, assim como mudam as relações humanas, os comportamentos, num dado momento histórico, político, social, econômico. Não importa a forma de sua constituição - nuclear, reconstituída, monoparental, oriunda de casamento ou de união estável -, a família jamais deixará de existir. Ela se redimensiona, se redefine, se reorganiza a partir de novos paradigmas, mas jamais desaparecerá. Continuará sendo o espaço que permite trocas afetivas e, cuidados materiais fundamentais para o pleno desenvolvimento do indivíduo. Como ensina João Batista Villela, "ao Estado se atribui a garantia, e ao homem, a construção da família"⁵.

O reconhecimento jurisprudencial de efeitos ao concubinato intensificou-se por influência dos imigrantes italianos, especialmente os radicados no Estado de São Paulo. Estes casavam apenas pelo religioso e buscavam no judiciário a solução para as questões patrimoniais, favorecendo a uniformização jurisprudencial da Súmula 380 do STF. A demora na aprovação da lei do divórcio, que só aconteceu em 1977, elevou o número de novas famílias formadas por separados de fato, que passaram a ter plena aceitação social. Também "as altas despesas com o casamento for mal, os anseios de liberdade e a cultura de transgressão aos estatutos jurídicos ensejaram o aparecimento cada vez maior de famílias constituídas independentemente do casamento formal."⁶

Como a Constituição Federal emerge dos valores e fatos sociais, natural que a nova Carta viesse a reconhecer a união estável como entidade familiar e a oferecer-lhe, assim como à família monoparental, a proteção do Estado.

2. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, os conflitos decorrentes da família natural, até então denominada concubinato, eram resolvidos conforme a Súmula 380 do STF, editada em 1963, que estabelecia: "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."

Tal súmula considerava o concubinato com uma sociedade de fato, fundamentada no direito obrigacional e de competência dos juízos cíveis comuns. Ao dissolverem a união, os concubinos deveriam provar o esforço comum na aquisição patrimonial e os juizes atribuíam um percentual dos bens para cada um conforme a prova carreada aos autos. Não eram reconhecidos direitos sucessórios ou a alimentos. As mulheres que deles necessitassem ajuizavam o humilhante pedido de indenização por serviços prestado afrontando a dignidade de quem havia mantido um relação familiar duradoura⁷.

Considerando a supremacia da Lei Maior, uma vez promulgada a nova Carta, enquanto os preceitos por ela declarados não são regulamentados por lei complementar ou ordinária regulamentadora, ocorre uma lacuna que deve ser preenchida através da analogia, utilizadas as normas que o sistema jurídico oferece para situações assemelhadas e, como leciona Gomes Canotilho, "sempre que ocorrer uma coincidência axiológica significativa"⁸. Por outro lado, a legislação infraconstitucional que contrariar a Lei Maior está revogada, sendo desnecessária uma cláusula derogatória específica.

Contudo, o pensamento jurídico brasileiro não acompanhou o avanço da teoria constitucional. A adaptação pretoriana da ordem jurídica às realidades emergentes do meio social, tirando o máximo proveito da Constituição,

é amplamente utilizada pelo direito anglo-saxão, que considera a Suprema Carta a fonte primeira dos direitos. Naquele sistema, as normas positivas são consideradas como um sistema vivo e dinâmico, capaz de acomodar-se às realidades sociais, traduzindo os sentimentos e aspirações da comunidade nacional. Apesar de a Constituição Federal Brasileira de 1988 ter sido inspirada nas famílias constitucionais do direito anglo-saxão, a formação dos operadores do Direito no Brasil é fundamentada na teoria do direito privado, o que justifica o método de interpretação utilizado e a consequente resistência em aplicar o comando constitucional. Neste sentido, o mestre italiano Mauro Capelletti recomenda que: "A norma constitucional, sendo também norma positiva, traz, em si, uma reaproximação do direito à justiça. Porque norma naturalmente mais genérica, vaga, elástica, ela contém aqueles conceitos de valor que pedem uma atuação criativa, antes, acentuadamente criativa, e, porque tal, suscetível de adequar-se às mutações, inevitáveis, do próprio valor"⁹. Reforçando este entendimento, o Magistrado gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet conclui que "o abismo por vezes já quase intransponível entre norma e realidade há que ter como referência permanente os valores supremos e as circunstâncias de cada ordem constitucional (material e formal), razão pela qual deverá prevalecer, também aqui, a noção do equilíbrio e da justa medida"¹⁰.

Para evitar a insegurança do tráfego jurídico, bem como a perpetuação de dogmas superados, necessário que o intérprete da lei busque no sistema jurídico a resposta para as novas questões postas, aplicando as normas de que o sistema dispõe, em consonância com os princípios gerais de direito e os valores emergentes da sociedade. A Lei de Introdução ao Código Civil estabelece: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito"¹¹, recomendando também que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"¹². Neste sentido é a opinião do mestre português Jorge Miranda: "A Constituição adiantou-se às leis e, em consequência, poderão ocorrer "lacunas legais", mas jamais uma "*lacuna juris*". Como o sistema jurídico oferece solução legal para situações semelhantes, a concretização da nova Constituição Federal se dá por analogia"¹³.

Apesar da autorização da Lei de Introdução ao Código Civil, os magistrados brasileiros sempre demonstraram enorme dificuldade em aplicar o ditame constitucional à união estável. Contudo, no STJ, logo aconteceram manifestações a favor deste entendimento. Em 1989 o ministro Sálvio de Figueiredo decidiu: "Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir companheira da simples concubina, aplicando, inclusive com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado em

disposição de última vontade, em exegese restritiva do art. 1719, III, do Código Civil"¹⁴.

Em julgamento ocorrido em abril de 1991, em voto vencido, o Ministro Eduardo Ribeiro afirmou que as lacunas da lei devem ser encaradas valorativamente, invocando os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, e o Ministro Cláudio Santos, no mesmo julgamento, reconheceu que os efeitos patrimoniais decorrentes da união estável são praticamente os mesmos do casamento sob o regime de comunhão parcial. Este julgamento referia-se a um processo de direito sucessório, do Estado do Rio de Janeiro, envolvendo o interesse de sobrinhos dos companheiros¹⁵.

Alguns Tribunais brasileiros, liderados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, logo após a promulgação da nova Carta passaram a aplicar à união estável, analogicamente, as regras do casamento por comunhão parcial de bens, tratando isonomicamente os homens e as mulheres envolvidos naquelas uniões "¹⁶.

O mesmo Tribunal, obediente aos ditames da Lei Maior e demonstrando independência funcional, em 1991, já havia estabelecido a competência das Varas de Família para decidir as questões decorrentes da união estável, editando a Súmula 14 do TJRS: "É da Vara de Família, onde houver, a competência para as ações oriundas de união estável (Constituição Federal, artigo 226, parágrafo 3º)".

Em se tratando de aplicação de analogia, a temida insegurança jurídica sempre será afastada pela atuação do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei e pelos advogados que, através de recursos, submetem à apreciação de Tribunais Superiores as decisões fundamentadas dos Magistrados.

Constitucionalmente reconhecida a união estável como entidade familiar, as uniões que assim se caracterizarem foram exigidas a uma nova categoria e não há mais que se falar em sociedade de fato. Portanto, à união estável não mais se aplica a Súmula 380 do STF. A Constituição Federal assegurou a proteção do Estado às famílias por ela reconhecidas e esta proteção se dá através das leis que o Estado edita. Inexistindo lei específica, a lacuna deve ser preenchida pela legislação disponível no sistema jurídico para situações análogas, que é a legislação do casamento pelo regime da comunhão parcial de bens.

Para preencher o vazio legislativo, decorridos seis anos da vigência da nova Carta, em 30/12/94, foi publicada a Lei 8.971, primeira lei ordinária regulamentadora da união estável. Essa lei representou um retrocesso em relação aos avanços jurisprudenciais e estabeleceu requisitos rígidos, copiados do anteprojeto da lei de alimentos de 1.968, no que se referia à concubina. Desde que provados cinco anos de convivência ou existência de prole e desimpedimento

para o casamento, foram assegurados direitos a alimentos, à sucessão e meação do patrimônio, se comprovada a colaboração do companheiro(a)¹⁷.

A Lei 9.278, publicada em 13 de maio de 1996, que definiu e regulamentou a união estável, abrandou os requisitos e ampliou os efeitos da lei de 1994. A nova lei estabeleceu direitos e deveres aos conviventes, assegurando o condomínio do patrimônio e sua partilha, permitindo disposição diversa quanto aos bens mediante contrato escrito. Também assegurou direito a alimentos, direito real de habitação na hipótese de falecimento de um dos conviventes, estabelecendo a competência das Varas de Família. Baniu o requisito de desimpedimento para o casamento e incluiu os separados de fato entre os beneficiários, embora no anteprojeto inicial constasse do texto restrição à união adulterina ou incestuosa, exigência afastada pelo Congresso Nacional¹⁸. Esta lei, hoje vigente, estabelece como requisitos a exigência de que o homem e a mulher vivam uma união semelhante ao casamento, de forma pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família¹⁹.

O anteprojeto do Estatuto da União Estável que tramita no Congresso Nacional revoga as leis existentes e estabelece como requisito para existência da união estável a convivência sob o mesmo teto por 5 anos, reduzindo o prazo para 2 anos na hipótese de haver prole²⁰, numa compreensível reação ao abuso que resultou em uma verdadeira "indústria" da união estável, com excessiva patrimonialização das relações afetivas que nasceram livres²¹. Também tramita no Congresso o Anteprojeto do Código Civil que prevê outros requisitos para reconhecimento de efeitos à união estável²².

3. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO, DIREITO INTERTEMPORAL

A partir deste panorama legal e jurisprudencial, qual a legislação que deve ser aplicada aos processos em andamento em primeiro, segundo ou terceiro grau, nos quais ainda não tenha ocorrido coisa julgada? Podem-se aplicar as novas leis? Acontece conflito de leis no tempo? Ocorre retroatividade?

Em se tratando de lei sobre matéria civil, a regra é a de que a lei não retroage. As respostas a esse problema são fornecidas pela doutrina do direito intertemporal.

Entre as Leis 9.278/96 e 8.971/94, ora vigentes, não ocorre conflito, pois "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente matéria de que tratava a lei anterior²³. Embora essas duas leis sejam da mesma hierarquia, não ocorre conflito, porque a lei de 1996 expressamente revogou as disposições em contrário, atingindo a Lei 8.971/94 na previsão dos alimentos, que agora são assegurados sempre que se confirmar o binômio necessidade-possibilidade, independentemente do tempo de duração da união, da existência ou não de filhos, ou de os companheiros serem ou não impedidos para o casamento²⁴. Quanto ao

direito sucessório, não houve revogação. Permanecem em vigor os dispositivos da Lei 8.971/94, mantidos também os requisitos exigidos por aquela lei²⁵.

Antes das Leis 8.971/94 e 9.278/96 não havia outra lei de idêntica hierarquia a ensejar conflito de leis no tempo. Só havia a norma constitucional que legitimou a união estável, a impor imediata aplicação por meio da analogia. Poderia, sim, haver inconstitucionalidade se os dispositivos da Lei de 1994 ou da Lei de 1996 desrespeitassem os ditames da Lei Maior.

Antes da Constituição Federal também não havia nenhuma lei ordinária regulamentando o concubinato. Havia apenas a Súmula 380 do STF, e não acontece conflito entre lei e decisão jurisprudencial, até porque, no nosso sistema jurídico, a súmula não tem efeito vinculante. Carlos Maximiliano leciona que conflito entre leis pressupõe igualdade²⁶, não podendo "surgir entre a lei e regulamento", assim como "não há conflito entre costumes nem entre jurisprudências"²⁷. Portanto, também não pode haver conflito entre lei e jurisprudência sumulada!

Entender que possa haver conflito entre Súmula e Constituição é priorizar a decisão jurisprudencial em relação ao comando constitucional. A Constituição Federal está no vértice do sistema jurídico de uma nação, coberta por um manto invisível que são os princípios que emanam de uma determinada sociedade, emergentes de seu patrimônio axiológico. Todas as leis e decisões devem estar conforme os ditames da Lei Maior e os princípios que a inspiram. Nenhum conflito ocorre entre súmula e a Constituição Federal, que é de hierarquia infinitamente superior. Em relação à união estável, a Súmula 380 do STF, anterior à Carta Constitucional, não mais se aplica. A súmula poderá ser aplicada apenas para as relações concubinárias que não atenderem os requisitos das leis protetoras da união estável, bem como "poderá ser utilizada para uniões clandestinas duradouras entre homem e mulher ou para uniões permanentes entre homossexuais, associada ao princípio geral de direito que proíbe o enriquecimento sem causa"²⁸.

Assim, inexistente conflito de leis no tempo e aos processos de dissolução de união estável em tramitação em primeiro, segundo ou terceiro grau aplicam-se as leis atuais, que nenhum conflito apresentam entre si ou em relação às decisões jurisprudenciais anteriormente praticadas. Revogadas as leis vigentes pelo novo Código Civil, esse será o diploma legal aplicável à união estável, abrangendo os processos em tramitação ou aqueles que ingressarem em juízo. Esta posição não é pacífica, como comprova em decisão proferida em 06/03/98, pelo Ministro Marco Aurélio do Supremo do Tribunal Federal²⁹.

Contudo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mantendo sua posição histórica, tem decidido diferentemente, reconhecendo o direito à partilha igualitária dos bens, independentemente de participação efetivados companheiros na aquisição patrimonial³⁰.

Da mesma forma, aplicar os efeitos das Leis 8.971/94 e 9.278/96 aos processos que estão tramitando não implica retroagir os efeitos das novas leis. Como se trata de processos em andamento, ou seja, de situação jurídica em curso, a única restrição é a de que não tenha ocorrido coisa julgada, em obediência à Constituição Federal, que, confirmando a Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"³¹. O mesmo raciocínio se aplica ao novo diploma legal, quando for promulgado.

Carlos Maximiliano preconiza: A "aplicação imediata da lei nova a situações jurídicas anteriores resulta do conteúdo, da substância mesma do novo Direito: por exemplo, diploma relativo à dissolução do matrimônio alcança os casamentos anteriores"³².

O mestre da hermenêutica, ao analisar o direito de família frente ao direito intertemporal, nas questões sobre filiação, afirma que tais preceitos "relacionam-se diretamente com um fim moral, por isto, se lhes atribui, sempre, natureza obrigatória imediata". Afirma, ainda, que "a retroatividade é aparente, apenas; porquanto a sentença não constituiu o estado de filho; não tem efeito atributivo, porém, declarativo: declara uma qualidade ou condição preexistente ao processo forense, tendo o seu fundamento na própria natureza"³³. Da mesma forma, a sentença que reconhece a existência da união estável não constitui o estado de companheiro(a), porém tem efeito declarativo da existência daquele estado, atribuindo-lhe efeitos jurídicos.

O diploma processual civil, no artigo 303, admite que "depois da contestação, é lícito deduzir novas alegações quando: 1 - relativas a direito superveniente" e, no artigo 462, autoriza: "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao Juiz tomá-lo em consideração, de ofício, ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença". Portanto, é admissível que um direito ou fato superveniente seja alegado após a contestação, antes da decisão definitiva. Mesmo que haja previsão de que o magistrado possa aplicar o novo direito de ofício, sempre que isto ocorrer, incumbe à parte dar ciência ao julgador, para garantia de que irá utilizar a nova lei, mesmo que isso possa ocorrer de ofício. Arruda Alvim entende que "a invocação de outra norma legal superveniente à invocada na petição inicial é absolutamente irrelevante, porque o juiz, em face do princípio da *"iura novit curtis"* não está adstrito às invocações de normas legais feitas pelas partes"³⁴. Raciocínio semelhante fundamentou voto do Ministro Sálvio de Figueiredo, do STJ, que decidiu: "O nosso sistema processual admite a alegação de direito superveniente, desde que não seja modificado o pedido ou a causa de pedir"³⁵.

A regra do artigo 462 do CPC também não se dirige apenas ao juiz de primeiro grau. As questões exclusivamente de direito podem ser suscitadas,

a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Segundo o magistério de Wellington Moreira Pimentel; nada há que justifique que se tome a sentença de primeira instância como termo final para a aplicação do "jus superveniens". Por isso que a apelação devolve à superior instância o conhecimento de todas as questões suscitadas, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro"³⁶.

Não havendo coisa julgada, sempre poderá incidir a nova lei ao fato não julgado definitivamente. Como ensina Carlos Maximiliano, "é a sentença definitiva que se opõe ao império de postulados futuros, condena-se como retroativa a aplicação da norma em desrespeito à coisa julgada"³⁷.

O fato de as leis novas serem editadas após a sentença de primeiro grau é irrelevante, pois a prestação jurisdicional não se dá enquanto tramitar recurso. A possibilidade de fazer aplicar a lei nova ao fato, em qualquer grau de jurisdição, é autorizada pelo artigo 517 do CPC, que estabelece: "As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior".

Wellington Moreira Pimentel, citando Michelli, afirma que "a prestação jurisdicional há de compor a lide como ela se apresenta no momento da entrega"³⁸. Também o STJ já decidiu, mediante o voto do Ministro Sálvio de Figueiredo, que "é da melhor doutrina, nacional e estrangeira, que a prestação jurisdicional há de compor a lide como a mesma se apresenta no momento da sua entrega, regra essa que não se limita ao primeiro grau"³⁹.

Portanto, se a nova lei atribui novos efeitos a um fato, ainda não definitivamente declarado por sentença, cabe aplicar a lei atual. Pontes de Miranda adverte: "A sentença reflete o "estado de fato e o estado jurídico" que existia a certo momento. Tem o juiz de levar em conta tudo que é juridicamente relevante até ser proferida..."⁴⁰. "O autor aponta o suporte fático; ao juiz cabe ver qual a regra jurídica em que se aloja e da qual se irradia o direito, a pretensão, a exceção, que invoca...". "Na procura do direito aplicável à espécie, todos os caminhos estão abertos ao juiz que os legará segundo a sua ciência e consciência..."⁴¹. Conforme este entendimento, o Desembargador Sérgio Gischkow Pereira decidiu que "ocorrendo problema de Direito Intertemporal cabe ao Juiz verificar os fatores sociais e valorativos que justifiquem uma mudança no efeito do fato jurídico"⁴².

4. CONCLUSÃO

A teoria do direito intertemporal indica ao julgador os critérios de aplicação das leis no tempo, autorizando a incidência das leis novas ao caso concreto, desde que os processos ainda não tenham sido definitivamente julgados e estejam atendidos os requisitos da lei aplicável. A incidência da nova lei aos processos em tramitação não implica retroatividade e sim aplicação de novos efeitos a um fato proposto em juízo, sem prestação jurisdicional definitiva. Na aplicação das novas leis à questões da união estável, também incorre conflito

entre leis. O conflito de leis só acontece entre leis da mesma hierarquia. Entre as novas Leis 8.971/94 e 9.278/96 não acontece conflito e sim revogação parcial. Entre as novas leis e a Constituição Federal não ocorre conflito, pois estas são sucedâneas daquela, de hierarquia infinitamente inferior (o mesmo diga-se do Estatuto em estudo que substituirá as leis existentes). Quanto às novas leis e a Súmula 380 do STF, também não ocorre conflito, pois trata-se de concorrência entre leis e jurisprudência e lei atual tem maior força do que jurisprudência antiga. Entre o comando constitucional do art. 226, § 3º, e a Súmula 380 do STF, também não ocorre conflito, pois uma Constituição Federal instaura uma nova ordem e todas as leis e decisões jurisprudenciais que não estiverem conforme os ditames da nova Carta não são por ela recepcionados e, portanto, não têm mais eficácia.

No atual panorama legal vigoram as Leis 8.971/94 e 9.278/96 e seus efeitos aplicam-se a todos os processos nos quais não tenha ocorrido coisa julgada, o mesmo sucedendo com o novo Código Civil quando promulgado.

CITAÇÕES:

* - Esta matéria foi analisada em outubro de 1996 sob a vigência das Leis 8.971/94 e 9.278/96 e revisada em maio/98.

1 - Teresa Arruda Alvim, ".Aspectos Processuais do Direito de Família", Conferência realizada em Belo Horizonte/MG, em 30.09.93, Revista de Processo 72, p. 259.

2 - Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, "Da União Estável Como Entidade Familiar", conferência pronunciada no Rio de Janeiro/RJ em 10/08/90- in RT 667, p. 22, à época Desembargador do TJRJ.

3 - O anteprojeto do Código Civil que está tramitando no Congresso Nacional define diferentemente união estável, conforme será citado no item 20.

4 - Constituição Federal, Art. 226: "A família base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Parágrafo 3º: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Parágrafo 4º: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

5 - João Batista Villela, As novas Relações de Família, Comunicação à XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Foz do Iguaçu/PR, em setembro de 1994.

6 - Marilene Silveira Guimarães, A união estável e a Lei 9.278, de 1 3.05.96 (comentários em 18/07/96), in Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS - n° 68, p.174.

7 - Na união estável "A relação jurídica não é de emprego, nem de trabalho, mas ela radica substancialmente na affectio conjugalis intuitu familiae. TJRGS, conforme Des. Clarindo Favretto, in Súmula 14 - Uniformização de Jurisprudência n° 591038070, em 28/06/91.

8 - José Joaquim Gomes Canotilho, in Direito Constitucional, 1993, p. 239.

9 - Mauro Capelletti, in O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado, p.1 30.

10 - Ingo Wolfgang Sarlet, in A eficácia dos direitos fundamentais, 1 998, p. 374.

- 11 - Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 4º.
- 12 - Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 5º.
- 13 - Jorge Miranda, in Manual de Direito Constitucional, Tomo II, p. 221 .
- 14 - Superior Tribunal de Justiça, in Rec. Esp. nº 196, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, 08/08/89.
- 15 - Superior Tribunal de Justiça, Rec. Esp. 4.599-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, em 09/04/91.
- 16 - Eis algumas decisões proferidas pelo TJRS: a) "Alimentos à concubina. Com o advento da nova Carta Constitucional, que deferiu à união estável proteção estatal, comprovada sua existência, exsurge a obrigação alimentar entre ambos. Recurso Provido, por maioria." Apel. Cível nº 590069308, Rel. Desª. Maria Berenice Dias, em 20/12/90. b) "A união concubinária, até bem pouco, só gerava relações de caráter obrigacional e não familiar (Súmula N/380/STF), mas a nova Carta Política elevou-a à categoria de entidade familiar (art. 226, par. 3 e par. 4 da CF/88), cuja dissolução importa a partilha dos bens. Por esta nova concepção, a partilha não terá causa apenas no fator aquisição, mas na tarefa da manutenção e conservação do patrimônio pelo esforço comum". Apel. Cível nº 590088969, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Clarindo Favretto, em 02/05/91. c) "Um dos efeitos do reconhecimento da união estável é o direito da meação dos bens adquiridos no curso do concubinato, independente de outras provas que não sobre o contubérnio em si". Apel. Cível nº 592022057, 8ª Câmara Cível, Rel. João Andrade Carvalho, em 04/06/92. d) "O artigo 226 da CF elevou a união estável à categoria de "entidade familiar", restando derogada, em parte, a Súmula nº 380, do Colendo Supremo Tribunal Federal, que só considerava a união concubinária geradora de relações obrigacionais e não familiares". Apel. Cível nº 591029533, Rel. Des. Clarindo Favretto, em 08/08/91.
- 17 - A contribuição para formação do patrimônio pode ser "a indireta, ainda que, eventualmente restrita ao trabalho doméstico, poderá ser o bastante". STJ, Rec. Esp. nº 1 648, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, em 16/04/90. Já o TJRS decidiu que: a) "Provada a existência do concubinato, não se exige do requerente da partilha que faça prova da efetiva contribuição na aquisição, manutenção e conservação dos bens, que tal se presume, ocorrendo a inversão processual de tal ônus". Apel. Cível nº 590092946, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Clarindo Favretto, em 06/06/91. b) União estável. Partilha de bens. "Os bens amealhados durante o período de vigência do relacionamento devem ser divididos paritariamente, descabendo questionar-se sobre a participação efetiva de cada um dos conviventes na aquisição do patrimônio." TJRS, Apel. Cível nº 597.256.684, 7ª Câmara Cível , Rel. Desª Maria Berenice Dias, em 29/04/98. O TJSP decidiu que: "Adquirindo o patrimônio estável sujeito aos princípios do direito de família, têm os concubinos, ou ex-concubinos direito à partilha, ainda que a contribuição de um deles, em geral a mulher, não haja sido direta ou pecuniária, senão indireta. Qualquer tantum pode estar na direção educacional dos filhos, do trabalho doméstico, ou serviços materiais doutra ordem, como na ajuda em termos de afeto, estímulo e amparo psicológico". Apel. Cível nº 1 45.071 -1 , Rel. Des. César Pelluzo.
- 18 - Projeto de Lei 1.888-E, 1991, que resultou na Lei 9.278/96, de autoria da Deputada Beth Azizi, artigo 1º: "Considera-se união estável o concubinato more uxório, público, contínuo e duradouro entre homem e mulher cuja relação não seja incestuosa ou adúltera". O novo Anteprojeto do Código Civil propõe alterar a situação dos separados de fato.

19 - "A subjetividade destes requisitos será avaliada pelo magistrado a partir da prova trazida aos autos. Equivocadamente, ocorreram interpretações confundindo união estável e namoro. Estas interpretações podem ensejar o aparecimento de uma verdadeira indústria de união estável, com namorados reivindicando o patrimônio do outro em nome de um relacionamento duradouro, público e contínuo. Embora hoje os namoros apresentem novas características, com os pares mantendo convivência íntima, com certeza o animus é diferente daquele da união estável. Marilene Silveira Guimarães, A união estável e a Lei 9.278, de 13/05/96 (comentários em 18/07/96), in Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul - A)U RIS n° 68, p. 1 75.

20 - A Comissão Especial constituída pelo Ministério da Justiça que sob a Presidência do Ministro Waldemar Zveiter e que teve como Relator o eminente Professor Arnoldo Wald recebeu a incumbência de elaborar o anteprojeto do Estatuto da União Estável, de número 2.686/96, que propõe a revogação das Leis 8.971/94 e 9.278/96. Esta Comissão de notáveis, após oferecer o projeto à discussão com a comunidade jurídica, sugeriu dispositivos mais adequados à situação fática da união estável do que aqueles constantes do anteprojeto do Código Civil. O anteprojeto estabelece, no artigo 1º: "É reconhecida como união estável a convivência, por período superior a cinco anos, sob o mesmo teto, como se casados fossem, entre um homem e uma mulher, não impedidos de realizar matrimônio ou separados de direito ou de fato dos respectivos cônjuges. Parágrafo único: O prazo previsto no caput poderá ser reduzido a dois anos quando houver filho comum".

21 - "... estão, de certo modo, afugentando o amor e inspirando temor nas pessoas"... "Os requisitos para a caracterização da união estável devem ser examinados com maior rigor." O Relator adverte que não se deva confundir união estável com um simples, "namoro estável". TJRGS, Apel. Cível n° 597074061, 7ª Câmara Cível, Rel. Eliseu Gomes Torres, em 10/12/97.

22 - Projeto de Lei n° 118/84, reforma do Código Civil, Emenda 462 - 1997 - Da União Estável: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, vivendo os companheiros como se casados fossem por mais de cinco anos consecutivos". Parágrafo 1º: "O prazo previsto neste artigo poderá ser reduzido para três anos, quando houver filho comum". Parágrafo 2º: "A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos e as causas suspensivas constantes dos arts. 1.519 e 1.520.

"As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

"Na união estável, salvo convenção válida entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão de bens". "A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil". "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

23 - Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, § 1º.

24 - Lei 9.278/96, artigo 7º: "Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos".

25 - Lei 8.971/94, artigo 1º: "A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ela viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole..."

26 - "Há possibilidade de conflito somente entre duas normas positivas que se achem em pé de igualdade". Carlos Maximiliano, obra citada, p. 39.

27 - Carlos Maximiliano, in Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis, 1955, p. 27.

28 - "Reflexões Acerca de Questões Patrimoniais nas Uniões Formalizadas, Informais e Marginais", Marilene Silveira Guimarães, Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, vol. 2, p. 205.

29 - "Concubinato - Sociedade de fato - Partilha de bens - Inexistência de prova de esforço comum Inviabilidade- Negativa de segmento. "A cláusula alusiva à proteção pelo Estado, não se tem tal igualação no campo patrimonial com a partilha dos bens pelo simples fato de haver ocorrido convivência comum. A referência à citada proteção e reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar não é conducente a, por si só, levar à conclusão sobre a meação" (sic) e adiante "... a recorrente não logrou efetuar prova de haver concorrido para a formação do patrimônio do Recorrido". Afirma, ainda, o Ministro que "a decisão proferida é harmônica, com a ordem jurídico-constitucional em vigor". STF Recurso Extraordinário nº 21.2560-1 - SP, em 06/03/98. Relativamente à contribuição para a formação do patrimônio da união estável, importante mencionar, também, a decisão do Des. Cezar Pelluzo, do TJSP: "A colaboração decisiva é da pessoa do outro. É ela, enquanto presença, estímulo, amparo e refúgio, na aventura da parceria, que possibilita todas as outras aquisições, inclusive as de ordem patrimonial." Apel. Cível nº 67.067-1. Por outro lado, o STJ também decidiu: "Concubinato. Partilha dos bens registrados em nome da concubina, ação proposta pelo espólio e por herdeiros do concubino. Os herdeiros do concubino, filhos havidos durante o seu casamento, têm direito à metade dos bens adquiridos durante a relação concubinária do pai, com recursos fornecidos por ele, embora registrados em nome da concubina, que fica com a outra metade." Rec. Esp. nº 0091.993, Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em 25.06.96.

30 - Eis algumas decisões atuais do TJRGS: a) "Concubinato... usufruto: a Lei nº 8.971/94, aplicável ao caso pelo princípio da retroatividade da lei quando beneficia a parte economicamente menos forte, prevê usufruto de parte dos bens ao concubino.. Apel. Cível nº 5951.42571, 7ª Câmara Cível, Rel. Waldemar Luiz de Freitas Filho, em 03/04/96. b) "União Estável. Direito a herança e meação por parte da convivente. Não obstante ter findado a união estável (que perdurou ao longo de mais de vinte e um anos) antes do início da vigência da Lei 8.971/94, à companheira deve ser reconhecido, além do direito a meação, o direito a toda herança deixada por seu companheiro (que não deixou descendentes ou ascendentes), eis que as leis posteriores à Constituição apenas vieram regulamentar a norma constitucional que dava nova feição ao concubinato, equiparando, de certo modo, a companheira à esposa legalmente casada" (sic). Apel. Cível nº 596056267, 8ª Câmara Cível, Rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, em 10/10/96. c) "União estável ... O direito aos alimentos entre companheiros nasce do art. 226, par-3, da CF. Desnecessidade, para sua solicitação, do cumprimento do requisito tem oral de cinco anos de união estável antes da revogação parcial da Lei 8.971/94 pela Lei 9.278/96." Nº 597104090, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Breno Moreira Mussi, em 10/10/97. d) "Ainda que solvida a relação concubinária antes do advento das leis que regulamentam a união estável, impõe-se a partição do patrimônio amealhado durante sua vigência, sem perquirir-se sobre a colaboração de cada um para

sua formação." Apel. Cível n° 597.071 .992, 7ª Câmara Cível, Rel. Desª Maria Berenice Dias, em 13/05/98.

31 - Constituição Federal, artigo 5º, XXXVI. Por outro lado, a Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º, determina que: "A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

32 - Carlos Maximiliano, obra citada, p. 52.

33 - Carlos Maximiliano, obra citada, p. 98.

34 - Arruda Alvim, in Curso de Direito Processual Civil, vol. II, p. 115.

35 - STJ, RE 1109-MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, em 05/06/90, (cfr. Nelson Nery Júnior, "Pareceres - Direito Processual Civil - Separação Judicial - Direito Superveniente", In Revista de processo, Vol. 25, jan-março 1982, p. 218)

36 - Wellington Moreira Pimentel, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II., p. 523.

37 - Carlos Maximiliano, obra citada, p. 100.

38 - Wellington Moreira Pimentel, in "Comentários", Revista dos Tribunais, Código de Processo Civil, p. 263.

39 - STJ, RE 12.673-0-RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, em 01/09/92.

40 - Pontes de Miranda, in Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo V, p. 80.

41 - Pontes de Miranda, in Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II, p. 413.

42 - TARGS, Apelação 190045963, Relator Desembargador Sérgio Gischkow Pereira, 3ª Câmara Cível, 23/05/90.

(in Nova Realidade do Direito de Família, Tomo 1, Coordenação Científica: Sérgio Couto, Rio de Janeiro: COAD; SC Editora Jurídica, 1998, p. 50/57)