

# A união estável e a família

João Batista Marques

*“Vimos que, quando se concede à família um reduzido valor funcional, esta tende a desaparecer mesmo abaixo do nível do tipo conjugal; pelo contrário, se lhe confere grande valor, existe muito acima do nível conjugal. A suposta universalidade da família conjugal corresponde, de fato, mais a um equilíbrio instável entre os extremos que a uma necessidade permanente e duradoura proveniente das exigências profundas da natureza humana”*

Lévi-Strauss

## Sumário

Introdução. I - A evolução histórica do concubinato até a Constituição Federal de 1988. 1. Na Antigüidade. 2. Sob os auspícios do Direito Romano. 3. Sob a ótica do Cristianismo. 4. No Direito Pátrio até a Constituição Federal de 1988. a) Das Ordenações Filipinas aos projetos anteriores ao Código Civil. b) Com o Código Civil. 5. Após a Constituição Federal de 1988. II - O conteúdo do princípio constitucional contido no artigo 226, § 3º. III - A disciplina legal do art. 226, § 3º (leis que regulamentaram). 1. Primeiro enfoque. 2. A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. 3. A Lei nº 9.278, de 29 de maio de 1996. IV - Corrente contrária à regulamentação. V - Efeitos jurídicos da união livre estável no atual ordenamento jurídico: pontos positivos e negativos. VI - Extinção da união livre estável. Conclusão.

## Introdução

Não pretende este breve estudo defender nenhuma tese acadêmica ou apresentar postulados científicos inovadores em

João Batista Marques é advogado.

torno do tema proposto. Não se presta, também, a expor minuciosamente as multifacetadas nuances que informam o instituto da União Livre Estável, tão em voga hodiernamente.

Pergunta-se, então, qual a sua finalidade. A que teria vindo à lume, enfim, tal trabalho. Tenciona, em última análise, fazer uma sistematização dos diversos tópicos que dizem respeito à relação entre concubinos, propugnando por dar uma visão a mais ampla possível sobre o tema. Verificar-se-á o fato social no processo evolutivo humano até se atingir a atualidade. De fato social até a final jurisdicização do instituto.

Feitas essas primeiras considerações, é oportuno apontar o panorama geral no qual se desenrolou a pesquisa bibliográfica, o plano atinente ao desenvolvimento do escrito e as conclusões dele extraídas.

No tocante à pesquisa bibliográfica, procurou-se destacar, com maior ênfase, os autores que trataram o assunto pormenorizadamente e cujo tratamento se deu em cunho mais específico. Não obstante essa opção, não se olvidou de uma consulta aos livros mais clássicos, como se há de perceber ao longo da sucinta exposição.

O plano de desenvolvimento da redação obedeceu, basicamente, às indicações, aos parâmetros delimitadores sugeridos para o trabalho. Pareceu ser o mais indicado destrinchar cada um dos itens, a fim de melhor composição, tendo em vista que um tema mais restrito beneficia, sobremaneira, um desenvolvimento do texto com maior precisão e objetividade. A técnica que se procurou imprimir ao curso da exposição textual foi a enunciativa e a argumentativa.

O tema proposto não é extemporâneo. Apresenta-se de uma pertinência ímpar. Ao mesmo tempo em que foi importante verificar a evolução histórica, os preceitos, as doutrinas, tanto mais foi descobrir que o Direito pauta-se pelos comportamentos sociais de cada época.

Para, efetivamente, situar o texto desenvolvido, vale a pena recorrer ao brilhante trabalho de Caio Mário da Silva Pereira<sup>1</sup>, que fornece uma espécie de roteiro para o presente trabalho, *in verbis*:

“Ao casamento, como instituição social legítima e regular, contrapõe-se a união livre, mais ou menos duradoura e especialmente o concubinato, cuja quase-estabilidade não deixa de atrair as atenções e despertar os interesses da ordem jurídica. É óbvio que não gera conseqüências iguais às do matrimônio. Mas não deixa de produzi-las mormente no plano econômico. Os amázios de-vem-se assistência. A companheira é beneficiária dos favores da legislação social e previdenciária. Os filhos têm direito a alimentos e concorrem na sucessão do pai”.

Como não poderia deixar de ser, iniciou-se por apanhado histórico do instituto, dos primórdios do Direito até os dias atuais.

A abordagem dos dispositivos legais teve maior aprofundamento no que pertine ao conteúdo constitucional referente à união livre estável, passando pela disciplina legal do dispositivo constitucional inserto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, bem como as matérias que já tramitam no Congresso Nacional.

E, por fim, fez-se um levantamento da doutrina que entende não ser necessária a regulamentação do concubinato sob o enfoque de corrente contrária à regulamentação; e dos efeitos jurídicos, também denominados de efeitos jurídicos positivos e negativos da união livre estável.

## *I - A evolução histórica do concubinato até a Constituição Federal de 1988*

### *1. Na Antigüidade*

É da natureza eminentemente humana o caráter gregário de que se reveste a sua atuação no seio social. O seu inter-re-

lacionamento passa de uma esfera mais global para um núcleo mais próximo de sua sobrevivência, não só do ponto de vista da satisfação das necessidades materiais, como também, se analisadas sob o ponto de vista espiritual, afetivo e emocional.

A constituição de um grupo social de proporções menores, visando ao atendimento das necessidades básicas de sobrevivência pessoal e coletiva, data dos primórdios da humanidade. Não é de hoje que o homem, imbuído de sua existência conjuntural, preocupa-se, ainda, com a sua posteridade.

O próprio grupo social se encarregou de prover condições para a estabilidade das relações acerca desta *celula mater*. Com o advento do Estado, efetivaram-se, de vez, os regramentos familiares.

Dinâmico como é o comportamento do homem, além da convivência regulada pelos princípios que resguardavam a instituição da família, modalidades outras de união sempre houve, mas que nem sempre refletiram a expectativa social. É o caso da relação familiar concubinária.

Como se tem conhecimento, existia já na antigüidade, como bem estão a atestar as Sagradas Escrituras no seu livro que retrata a origem do homem, o Gênesis, e, também, no livro do Deuteronômio, que espelhava a Lei Mosaica. Visível, também, no que se referia ao direito dos antigos Hebreus, a existência de relação distinta daquela tida como aceitável para os fins dos costumes. A união de casais, fora daqueles preceitos, era um fato social.

Cabe um esclarecimento de como se entendia o funcionamento de tais relações. A união poderia efetivar-se entre pessoas (homem e mulher) livres, de qualquer estado civil, ou de homem e mulher que não possuíssem qualquer anterior vínculo. Mas, de qualquer maneira, para os efeitos da época, constituía esse relacionamento irregularidade, imoralidade.

## 2. Sob os auspícios do Direito Romano

Em primeiro lugar, há de se frisar que, na sociedade romana antiga, podia-se perceber uma pluralidade de situações concorrentes relativas à regulamentação da união de pessoas, sabidamente homens e mulheres: o *jus civile*, que regulava as relações dos cidadãos tipicamente romanos, por meio das *justae nuptiae cum* ou *sine manu*, para legitimação das suas famílias; o *direito* que cuidava das relações entre os peregrinos, cuja convivência era *sine conubio*; um *direito* que regulava as uniões existentes entre os escravos; e um direito que tratava dos concubinos que eram homens e mulheres que, livremente, uniam-se à revelia do chamado *consensus nuptialis*.

Para os fins deste estudo, a última modalidade é que será analisada. Consistia tal modalidade na união com características de estabilidade entre homem e mulher que não possuíssem qualquer outro vínculo, aparentemente convivendo como se casados fossem. Não constituía proibição nem atentava contra a moral da época.

Possivelmente, teria o concubinato sido elevado à categoria de instituto jurídico com o advento da legislação trazida a efeito pelo Imperador Augusto: *Lex Julia et Papia Popaea de Maritandis Ordinibus*. Tal legislação impôs uma variedade de impedimentos bastante inflexíveis à união de homem com mulher que, na escala hierárquica social, fosse-lhe inferior, tendo a *Lex Julia de adulteris* previsto diversas punições a qualquer relação extraconjugal ilícita, quando praticada com mulher *ingenuae et honestae* (refere-se às classes sociais da época). Como bem aclara o abalizado texto de Álvaro Vilaça Azevedo<sup>2</sup>,

“Essa legislação, como visto, acabou por regulamentar, de modo indireto, o concubinato, contribuindo, grandemente, a difusão do mesmo instituto no período pós-clássico, especialmente à época dos imperadores cristãos”.

O correr do tempo transformou o concubinato ora em aceitável, ora em abominável, conforme o legislador. Imperadores romanos, influenciados pelo pensamento cristão, davam-lhe tratamento de tolerância, mas não deixavam, no entanto, de considerá-lo imoral. Até esse período, embora as novéis transformações introduzidas pelos imperadores, a união extra-casamento legal não propugnava por direitos da paternidade, ressaltando-se, por outro lado, os direitos da mãe.

No Direito Romano da época de *Justiniano*, como bem salienta Pietro Bonfante<sup>3</sup>, era a relação concubinária uma relação de estabilidade entre um homem e uma mulher, independentemente de sua posição na escala social, sem a *affectio maritalis e honor matrimonii*.

### 3. Sob a ótica do Cristianismo

Surge na reflexão de Álvaro Villaça Azevedo<sup>4</sup> a percepção de como os cristãos, reconhecidamente representados pela Igreja Católica, administraram a questão do concubinato:

“Com o advento do Cristianismo, o concubinato foi considerado imoral, tendo o imperador Constantino aplicado, contra ele, sanções, procurando estimular os concubinos a contraírem matrimônio. Por sua vez, o imperador Justiniano, procurando limitar o número dessas uniões concubinárias, proibiu que um homem tivesse mais do que uma concubina e nenhuma se fosse casado”.

O que primeiro se infere no âmbito de abrangência do Direito Canônico, que regula os princípios e normas das relações cristãs, é que, no que pertine ao concubinato, esteve sempre este cercado das devidas preocupações dos elaboradores do Código na espécie, que vige, inclusive, no presente. Tratou o criador normativo de regular, impondo-lhe normas e concedendo-lhe efeitos, com o objetivo de proporcionar o casamento monogâmico, bem como

dar maior relevo a uma relação estável do casal e sua prole.

Nos primórdios da Igreja Católica, o concubinato convivía ao lado do matrimônio sacramental, por tolerância dessa. Porém, ocorreu um estado tal de deformação dos princípios morais combinado a práticas estranhas à atividade do clero que acabou tornando-se realidade dentro dos conventos, imiscuindo-se reis, papas, enfim, o clero.

Diante dessa sorte de acontecimentos, viu-se a Igreja obrigada a coibir os abusos e, a partir do Concílio de Nicéia (325 d.C), editou regras que permitiam aos clérigos a convivência, apenas, em casa que tivesse a irmã, a mãe, a tia ou mulher que não despertasse suspeita alguma da vida concubinária. O Concílio de Nantes (658 d.C) proibiu, em definitivo, de modo absoluto, que o clérigo tivesse em sua companhia qualquer mulher.

Reinou soberana a ordenação editada pelo papa Gregório II (726 d.C) até o século XVI, citada por Adayil Lourenço Dias<sup>5</sup>, que dizia:

“quando um homem tem uma esposa doente, incapaz das funções conjugais, pode tomar uma segunda, contanto que tenha cuidado na primeira”.

O embasamento teórico que fulcrava a união livre, na primeira época do Direito Canônico, era que as próprias pessoas interessadas é que celebravam a união, não carecendo, pois, de nenhuma formalidade. E foi por volta do século XVI, no Concílio de Trento, que a Igreja proibiu em definitivo essa espécie de casamento presumido. Teve-se, daí em diante, inúmeras formalidades que circunscreviam a cerimônia do matrimônio. Quem não as obedecia estava sujeito a penalidades rigorosas. Tais informações estão descritas na consagrada obra de Álvaro Villaça Azevedo<sup>6</sup>, *verbis*:

“(…) estabelecendo-se a obrigatoriedade de celebração formal do matri-

mônio, na presença do pároco, de duas testemunhas, em cerimônia pública. Essas celebrações passaram, então, a ser assentadas em registros paroquiais. Desse modo, condenou-se o concubinato. Foram estabelecidas penalidades severas contra os concubinos que, sendo três vezes advertidos, não terminassem seu relacionamento, podendo ser excomungados e, até, qualificados de hereges”.

Atualmente, a Igreja Católica tem um posicionamento bastante elástico acerca do concubinato, haja vista o disposto no Cãnone 1.395, § 1º, do Código Canônico, que estabelece níveis de graduação das penalidades a serem impostas ao clérigo concubinário. Vai de advertências até a exoneração da condição de clérigo, e não mais excomunhão nem qualificação de herege.

O entendimento do termo concubinato para a Igreja Católica obedece à definição contida na Sacra Rota Romana<sup>7</sup>:

“O comércio carnal entre um homem e uma mulher, com o propósito, pelo menos implícito, de permanecerem no mútuo uso do corpo; portanto, pelo concubinato, instaura-se algo semelhante à vida conjugal, mesmo que falte o ânimo marital”.

Afirma, ainda que:

“o concubinato pode existir, de fato, mesmo que um ou os dois concubinos estejam casados com outras pessoas”.

#### 4. No Direito Pátrio até a Constituição federal de 1988

##### a) Das Ordenações Filipinas aos projetos anteriores ao Código Civil

Um primeiro período posto em questão é o que se estende até a vigência do atual Código Civil. Nesse período, sob a égide das Ordenações Filipinas, o instituto do concubinato não tinha supedâneo na

ordem jurídica. Tão-somente, referiam-se a ele no que tocava à imposição de sanções às relações dele decorrentes, como se pode inferir do que dispunha o art. 66 do 4º do Livro das Ordenações, possibilitando à mulher reivindicar os bens móveis e imóveis doados pelo marido àquela que se encontrava na condição de teúda e manteúda.

Na prática, a legislação genuinamente nacional em torno do assunto só surgiu com a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, mas que, de certa forma, manteve o mesmo tratamento; se não se considerar que, por outro ponto de vista, agravou a situação da mulher vivente na concubinagem, haja vista ter passado a considerar os filhos legítimos, também, capazes para usar do direito de seqüela de todos os bens, móveis e imóveis, havidos em doação pelo marido àquela com quem mantinha *afeição carnal*, direito esse antes concedido apenas à mãe. Também, nessa época, não permitia a lei que a mulher ajuizasse ação sem o consentimento do marido. No que havia distinção, pois, em se tratando de anular aquela doação, desincumbia-se de ter a anuência marital. Essa Consolidação teve vigência no período que vai de 1899 até o ano em que entrou em vigor o atual Código Civil.

Pouco antes da novel ordem introduzida pelo Estatuto Civil, projetos houve das mais experientes lavras que traduziram a *mens legislatoris*, cuidando de inibir a prática concubinária. Dos projetos em tela, pode-se mencionar o de Teixeira de Freitas, que impedia qualquer tentativa que fosse de provocar a dita investigação de paternidade de filho natural, que era aquele filho havido na constância da relação concubinária, não tendo sido este reconhecido voluntariamente por seu pai.

Outro projeto que deveria atender à falta de regulação do tema pelo Império era o de Joaquim Felício dos Santos, que proibia, em qualquer hipótese, a ação de investigação de paternidade resultante da filiação ilegítima.

Por outra forma, o projeto de Antônio Coelho Rodrigues abria duas importantes portas para a mulher casada e para os filhos do relacionamento concubino. A primeira poderia reivindicar, independentemente do consentimento do marido, os bens alienados à outra, ou até mesmo da que tenha tido com ele relação sexual. E, para os filhos naturais, proibia-se a investigação de paternidade desde que não compreendida, ou seja,

“fora dos casos de concubinato e coabitação sob o mesmo teto, de defloramento ou de rapto, quando a data destes fatos corresponder ao tempo da concepção da mulher teúda e manteúda, deflorada ou raptada” (art. 2.152 do Projeto de Código Civil Brasileiro, Imprensa Nacional, RJ, 1893).

Enfim, foram essas as regras que juntaram as relações entre o casamento e o concubinato, anteriormente ao Código Civil, cujo projeto coube ao insigne jurista Clóvis Bevilacqua e que veio a vigor a partir de janeiro de 1917.

#### b) Com o Código Civil

Iniciando este subtítulo, convém fazê-lo tomando por premissa o abalizado entendimento de Álvaro Villaça Azevedo<sup>8</sup>:

“(...) o Código Civil não regulamentou o concubinato, não o proibiu, mas a ele se refere, sempre, procurando defender o instituto do casamento ou reproduzindo sanções da velha legislação”.

De certa forma, o Código veio a inovar o direito preexistente no que se refere às doações feitas à concubina, ensejando à mulher casada a possibilidade de reivindicar os bens que são comuns a ela, esposa, e ao marido, se bens móveis; e, se imóveis, exigiu que o bem só poderia, de fato, ser alienado à concubina se tiver a outorga uxória, e quando se tratar, exclusivamente, de bens comuns, vez que, se o imóvel for de propriedade individual do marido, inexistirá tal direito.

Estatui ainda o art. 248, de que se tratava no parágrafo anterior, fazendo referência ao art. 1.177 do Código Civil:

“(...) a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”.

O legislador do Código acabou criando confusão, nesse aspecto, descuidando-se dos conceitos de adultério e concubinato, dando-lhes, *in casu*, o mesmo tratamento. Não obstante, precisa haver uma caracterização mais distinta, uma vez que, para se configurar o concubinato, necessariamente, não se faz que a convivência seja embaixo do mesmo teto, podendo ser, inclusive, que tenham convivências separadas, bastando, para se entender que haja concubinato, a vontade inequívoca de relacionamento duradouro; enquanto o adultério deve ser visto como a prática de um relacionamento exclusivamente sexual, fora do casamento, de forma esporádica, e que não possui o menor respaldo em lei, constituindo, portanto, um ilícito.

Além da vigência do Código Civil, a legislação esparsa cuidou de ir acrescentando normas que regulassem beneficentemente a união estável, a citar-se o Decreto-Lei 7.036/44, que estabeleceu a igualdade de direitos entre a concubina e a esposa quando se tratasse de acidente no trabalho, o que veio a se consolidar com a Lei 6.367/76 (Seguros de Acidentes de Trabalho). Com referência à possibilidade do reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio, tem-se o Decreto-Lei nº 4.737/42 e a Lei nº 883/49. Com relação à situação de contribuinte, acerca do tema, tem-se a Lei nº 4.242/63, a Lei nº 4.862/65 e o Decreto nº 85.450/80, que possibilita colocar-se como dependente do Imposto de Renda a concubina que esteja nessa condição por mais de cinco anos. No que diz respeito à Previdência social, há legislação de sobra que acoberta a união estável e lhe

dá guarida como sustentáculo da família. Para esse fim, útil é apenas enunciar a Consolidação das Leis Previdenciárias (Decreto nº 89.312/84).

Para fundamentar esse aspecto da Consolidação das Leis Previdenciárias, Silvio Rodrigues<sup>9</sup> preleciona:

“(...) uma torrencial jurisprudência do Conselho Regional de Previdência Social tem ampliado o alcance da norma, permitindo que a companheira, mesmo quando não inscrita como beneficiária, receba a pensão e concorra com os filhos menores de seu concubino, a menos que este determine o contrário”.

A construção legislativa caminhou trihando aquilo que, de certa maneira, a doutrina e a jurisprudência firmavam no decorrer da evolução do instituto na sociedade brasileira. Embora, em nenhuma época, estivesse a união estável erigida em instituto jurídico, jamais descurou a lei de oferecer-lhe amparo.

##### 5. Após a Constituição Federal de 1988

Com o advento do texto constitucional promulgado no ano de 1988, logo após o fim do período de exceção por que vivera o Brasil naqueles últimos anos, viu-se surgir na sociedade um novo espírito democratizante. Revolucionaram-se muitos costumes tidos como arcaicos, reformularam-se conceitos, até então sedimentados num processo de alheamento social, que se baseavam num nacionalismo exacerbado e retrógrado.

E é nessa esteira dos variados e multifacetados acontecimentos que o concubinato galgou o degrau mais alto de sua evolução. Adquiriu o *status* de formador da entidade familiar, merecendo a proteção do Estado, conforme se depreende do dispositivo constitucional contido no bojo do § 3º do art. 226, a seguir transcrito:

“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”.

A Constituição Federal inovou, sobremaneira, na questão da colocação jurídica da instituição da família, colocando ao lado do casamento civil, já previsto no ordenamento jurídico, haja vista o Código Civil em vigor, a união livre de homem e mulher, com caráter de perenidade, embora tenha mantido um certo privilégio à família resultante do casamento civil.

Conforme acentua Arnaldo Rizzardo<sup>10</sup>, “a relação de fato passou a integrar o conteúdo de família. Pelos termos da Constituição, protege-se a união estável como entidade familiar, eis que a família não se funda necessariamente no casamento. Para o reconhecimento desta forma de família, há necessidade de dois elementos: a comunhão de vida, envolvendo a comunhão de sentimentos e a comunhão material; e a relação conjugal exclusiva de deveres e direitos inerentes ao casamento”.

O mérito do legislador constituinte reside no fato de reconhecer e colocar no texto da Carta Magna tal figura, uma vez que sua criação já se encontrava delimitada no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Forçoso é admitir, por outro lado, que a norma constitucional, para regular integralmente a matéria, carece de lei ordinária, apesar de o conteúdo do § 3º do retrocitado artigo possuir carga própria de autoaplicabilidade, como de fato se sucedeu, não havendo questionamentos judiciais com relação ao novo tratamento, quer no que diz respeito ao casamento, quer no que diz respeito ao concubinato.

Muito embora, doutrinadores há que se insurgem contra a necessidade de legislação ordinária, vez que o concubinato inserir-se-ia já no Direito de Família, não requerendo lei nova, pois a jurisprudência já possui posicionamento firme e a doutrina já não mais questiona o instituto.

## *II - O conteúdo do princípio constitucional contido no artigo 226, § 3º*

Tem-se por basilar do termo constitucional a segurança nas relações familiares, vez que o Estado tem especial proteção sobre essa instituição, base da sociedade. Tanto é que não mais e unicamente o casamento é o iniciador da família, mas, agora, a união cuja característica maior é a estabilidade em suas relações é, ao lado daquele, proporcionadora da entidade familiar. Daí afirmar com muita propriedade Basílio de Oliveira<sup>11</sup>:

“Por isso que a união extramatri-monial, como entidade familiar, se equipara constitucionalmente à instituição do casamento. E por ser duradoura e sólida, configura um fato social e jurídico, a família natural, merecedora, portanto, da tutela jurídica (...). Dentro do novo espírito constitucional, as uniões livres geradoras de organismo familiar estável são, pois, derivadas das relações maritais permanentes, diuturnas e ininterruptas, que, embora eventualmente sem prole, se exsurtem com características extrínsecas de um semimatrimônio e com sólido vínculo conjugal”.

O primado da Constituição Federal resulta, em última análise, da necessidade social a que o Estado se encontra obrigado a atender, de garantias de segurança nas relações familiares, buscando permanentemente o seu aprimoramento, de forma a torná-las harmônicas e pacíficas. Protege o Estado a família como a célula-mãe de toda a sociedade, no seu aspecto mais amplo. Entendimento claro é o de Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim, juizes do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo<sup>12</sup>:

“vê-se que a Constituição Federal de 1988 consagrou a definição ampla da família, como base da sociedade garantindo-lhe proteção especial do Es-

tado, independente da forma pela qual tenha se originado a união”.

Outro aspecto que merece análise, no tocante ao princípio constitucional do § 3º do art. 226, é que a união estável a que o texto se refere não se aplica a toda e qualquer união extraconjugal, não se permitindo aí aquela entre pessoas do mesmo sexo, já que o texto exige que a estabilidade da união se dê entre um homem e uma mulher, não se permitindo, também, a união em que pelo menos um dos cônjuges possua os impedimentos previstos no ordenamento jurídico.

De conformidade com o entendimento dos retrocitados autores, a união protegida pela Constituição é aquela da convivência de homem e mulher, desimpedidos, como companheiros, aparentemente como se casados fossem, e de acordo com aquilo que já vinha sendo reconhecido não só pela doutrina como também pela jurisprudência.

Está, pois, a Constituição não a relegar o casamento civil a um segundo plano, mas a equiparar a união estável a este, com o escopo de bem organizar o grupo-base da sociedade, qual seja, a família, impondo ao legislador que facilite a conversão do concubinato em casamento.

## *III - A disciplina legal do art. 226, § 3º (leis que regulamentaram)*

### *1. Primeiro enfoque*

A Constituição Federal de 1988 erigiu à condição de entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, a união estável, não lhe dando, por outro lado, uma definição, deixando, portanto, que se desincumbisse desse encargo o legislador ordinário, definição essa já motivo de algumas leis.

Há de se ressaltar, por oportuno, que a união estável de que se reveste o princípio contido na Magna Carta de 1988, em vigor, não abarca qualquer tipo de união,



como a de homossexuais, bem como outras uniões resultantes de convívios extra-conjugais, mas, tão-somente, aquela entre homem e mulher desimpedidos, com caráter de estabilidade, e que possa a lei lhe ser de fácil conversão em casamento.

A jurisprudência nos tribunais tem sido unânime em reconhecer duas situações de conviventes: a primeira é a de homem casado que tem relações amorosas com outra mulher às escondidas do conhecimento de sua legítima esposa, seria a concubina, e que a lei não deve proteger, e, de outro modo, a companheira, convivente ao lado de homem desimpedido totalmente e que tem o merecimento dos privilégios da lei.

Leis há que disciplinam a matéria e que serão analisadas no decorrer deste item. Todavia, outras leis existem que versam sobre outras matérias, mas que guardam abordagem, enfocando o problema e aplicando soluções, como é o caso da Lei do Inquilinato, em seus artigos 11 e 12 (Lei nº 8.245/91), que possibilitou a sub-rogação nos direitos de locação de imóvel residencial quando morre o companheiro ou se desfaz a relação de concubinato.

## *2. A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994*

Pela primeira vez na história do Direito Civil, a questão da união estável tem um tratamento voltado a regular de vez o instituto a que a Constituição Federal determina em seu art. 226, § 3º. Essa lei define alguns aspectos importantes para a efetivação das relações concubinárias, como o direito a alimentos, direito à sucessão etc.

Conforme lição de Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim:

“Sobreveio como notável marco histórico a Lei 8.971, de 29.12.94, dispondo sobre direito de companheiros a alimentos e à sucessão (...) Adianta-se o registro de que a nova lei definiu como ‘companheiros’ o homem e a mulher desimpedidos, com vida em comum por mais de cinco anos, ou com filhos em comum. Po-

derá servir de subsídio para a ‘união estável’ a converter-se em casamento, em consonância com o preceito constitucional pendente de regulamentação”.

Tantos foram os benefícios introduzidos com essa lei, cujo anteprojeto é da lavra do eminente jurista Álvaro Villaça Azevedo, que dela se consolidou muito daquilo que já decidiam os tribunais em torno do tema. Não há que se alongar em demasia nessa enumeração, visto que redundaria improdutivo, pois, em seguida, analisar-se-á a Lei nº 9.278/96, mais moderna e com o justo objetivo de regular as relações decorrentes de uniões estáveis. Porém, apenas para ilustrar, citar-se-ão os direitos que se sedimentaram: alimentos (art. 1º); consolidação da Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, no art. 3º da Lei, que faz previsão da partilha de bens, ou seja, a meação, subsistindo o entendimento de que os bens foram adquiridos com o esforço comum. A indenização por serviços prestados era uma construção jurisprudencial e que galgou o *status* legal, substituindo-se pelos alimentos que são devidos. O artigo 2º abonou o instituto da sucessão entre concubinos, bem como o usufruto e a herança. Ensejou a aplicação de diversas normas processuais, tais como: separação consensual, separação de corpos, cautelar de arrolamento de bens, ação testamentária, direitos previdenciários, patronímico, bem de família (Lei nº 8.009/90).

## *3. A Lei nº 9.278, de 29 de maio de 1996*

A denominada Lei dos “conviventes” surgiu tentando resolver a questão da união estável e regulamentar o dispositivo constitucional previsto no art. 226, § 3º.

Evidentemente que não havia a doutrina estudado por completo a abrangência da Lei nº 8.971/94. A novel lei trouxe confusões e equívocos. Ressalte-se que já existem em tramitação no Congresso Nacional outras proposições que tratam do mesmo assunto.

Denominou-se, também, Lei do “companheirato” a Lei nº 8.971/94, e a esta mais recente deu-se o nome de lei dos “conviventes”.

A primeira observação que se há de fazer com relação ao prazo para ser considerado uma convivência, vez que o citado diploma legal não faz qualquer referência, e como não há esta definição, e que há quem pense que um simples encontro de um homem e uma mulher já seria o bastante para caracterizar uma união estável. Segundo entendimento de Eduardo Carvalho<sup>13</sup> em seu artigo “Lei da União Estável – a questão do prazo”, publicado na Internet:

“O intuito da Lei nº 9.278/96, a meu ver, é o de transformar o concubinato em uma figura contratual. Tal se depreende, em particular, do exame dos artigos vetados da Lei (como o art. 3º), que previa o acordo escrito entre companheiros, e o art. 4º, que previa o seu registro). Por isso não cuidou a Lei nº 9.278/96 de estabelecer um ‘prazo’ para o concubinato. O companheirismo não é mais uma situação jurídica decorrente de um ‘fato jurídico’ (o decurso do prazo de cinco anos, ou o nascimento de um filho), mas é um ‘acordo de vontades’, que produz, desde logo, os seus efeitos. Assim como o casamento produz efeitos desde a sua celebração, o concubinato produz efeitos (teoricamente) desde o acordo de vontades das partes, no sentido de manter uma convivência nos termos do art. 1º da Lei 9.278”.

Esta lei, também, não definiu o que vem a ser a tal da união estável. Com certeza, não está equiparada ao casamento.

Note-se que o texto legal encontra-se eivado de algumas imperfeições no tocante à técnica legislativa, como há de se ver na descrição contida no art. 8º:

“os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, reque-

rer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”.

Veja-se que o verbo *requerer* e o substantivo *requerimento* denotam, no contexto do dispositivo, uma construção pleonástica, uma vez que quem está a requerer só o fará por via de um requerimento e não por meio de outro expediente, e a vírgula após a palavra casamento encontra-se posta de maneira equivocada.

Outro aspecto que não ficou plenamente esclarecido foi a questão de ter aquela lei revogado a sua similar de nº 8.971/94.

Comentaristas já se pronunciaram a esse respeito, como brilhantemente o fez o Professor Celso Antônio Rossi<sup>14</sup> em seu artigo intitulado “A lei dos conviventes”, publicado na Internet, que argumenta não ter essa lei revogado aquela:

“Embora regule alguns direitos já previstos naquela lei 8.971 (alimentos), a Lei 9.278 não revogou o direito à sucessão, por exemplo, que continua a existir naquelas hipóteses da 8.971”.

De acordo, ainda, com o referido autor, relevante mesmo é o aspecto que a lei estabeleceu que toda a matéria relativa à união estável é de competência do Juízo de Família.

Como referido no início deste item, tramita na Câmara dos Deputados duas proposições legislativas, buscando a regulamentação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, estabelecendo o prazo de cinco anos, nos casos em geral, e de dois anos, havendo filhos comuns.

#### IV - *Corrente contrária à regulamentação*

Embora já represente a união livre estável uma realidade indiscutível do meio social moderno, como de outros tempos, há aqueles que propugnam pela sua não-regulamentação, em face do privilégio de que é investido o casamento como legítimo.

Como escreveu o ilustre Procurador de Justiça do Rio de Janeiro Basílio de Oliveira<sup>15</sup>, acerca da corrente contrária à regulamentação do concubinato:

“A doutrina protetiva do concubinato se consolidou, apesar do fogo acirrado dos opositores, em passado recente, tanto nos Tribunais como através de vibrantes doutrinadores franceses da estirpe de Josserand, Mazzeaud e Mazzeaud, Nast, Henri, Pierre Voirin, Guinard, Savatier e Demogue. Não obstante, a tese protecionista prevaleceu, pecando a resistência pela generalização e pelo radicalismo, porquanto os opositores não vislumbravam na união livre nenhum sentido humano, senão vícios e imoralidades, como verberaram Henri e Léon Mazzeaud: ‘A união livre é uma instituição perigosa para a sociedade e será nefasto assegurar à concubina qualquer proteção. Os Tribunais devem invocar a imoralidade dos subsídios dirigidos à concubina para rejeitar sempre sua demanda’”.

O posicionamento ideológico em questão tratava de refutar, ainda, o concubinato, atribuindo-lhe um poder de enfraquecer o casamento como instituição jurídica, e que solucionar-se-ia a questão pelo aprimoramento das relações concubinárias, quando de sua transformação efetiva em matrimônio legítimo. Josserand<sup>16</sup>, por exemplo, afirmava que está o fato social união estável a prevalecer sobre o jurídico casamento, e que este subvertia a ordem natural das coisas, e acrescentava que os maiores prejudicados com essa subversão seriam os filhos de tal instável união, “pela instabilidade da ligação dos pais, correndo o risco de serem abandonados material e moralmente”.

A última argumentação que foi levantada pugnava pela total ilegitimidade de interesse da mulher achada em condição de concubinação, pelo fato de ser o con-

cubinato uma anomalia, uma imoralidade etc.

*V – Efeitos jurídicos da união livre estável no atual ordenamento jurídico: pontos positivos e negativos*

Diferente não poderia ser; por conseguinte, havendo uma união de fato entre homem e mulher, é evidente que dela resultarão efeitos, igualmente ao que acontece com o casamento legítimo.

Tornou-se pacífica, tanto na doutrina como na jurisprudência, a existência de efeitos jurídicos específicos da união estável, classificando-se estes em efeitos positivos e efeitos negativos, conforme a condição resultante de tal união para as pessoas que estão envolvidas e que sofrem a ação de tais efeitos.

Por efeitos jurídicos positivos do concubinato entendem-se aqueles que são o resultado favorável à pessoa que o invoca como fato gerador do seu direito. Quanto aos efeitos jurídicos negativos, são aqueles que extinguem ou causam modificações na situação de um direito preexistente, importando, muitas vezes, em sanções a uma ou a ambos os interessados.

A união que gera efeitos jurídicos positivos é somente aquela derivada de união duradoura, com ânimo definitivo, a chamada união livre estável, vez que aquela união esporádica só possui efeitos negativos.

Melhor pensamento é o traduzido por Basílio de Oliveira<sup>17</sup>:

“Portanto, somente a convivência concubinária estável, que é a própria imagem do casamento, é que pode atuar na produção de efeitos positivos, nos moldes do postulado constitucional”.

E, ainda, cita Edgar de Moura Bittencourt<sup>18</sup>:

“sem recíproca afeição, mais ou menos duradoura, assistindo-se mutuamente e conjugando esforços em benefício de ambos não há como falar em efeitos jurídicos positivos, de

forma a estabelecerem obrigações entre eles. Perante terceiros, ou em situações peculiares em que os direitos pleiteados não se fundem na ligação, a comunhão de vidas e interesses é elemento ocioso”.

Após longo estudo, chegou-se à conclusão de que os efeitos jurídicos não são simplesmente aqueles reconhecidos em virtude da invocação de quem detinha legítimo interesse, mas todo e qualquer direito que originou a família de fato, desde que em conformidade com a moral e os bons costumes sociais, e, naturalmente, são inerentes ao matrimônio.

Poder-se-ia desenvolver cada um dos direitos imanentes aos efeitos positivos. No entanto, tornaria o trabalho por demais extenso. Tomar-se-á do autor Basílio de Oliveira<sup>19</sup> a feliz síntese dos referidos efeitos:

- a) a prole regularmente constituída da entidade familiar;
- b) os direitos e deveres recíprocos dos concubinários no âmbito da sociedade conjugal;
- c) os direitos e deveres do pátrio poder;
- d) do direito ao patrimônio, fruto do esforço comum;
- e) a partilha dos bens e dos aques-tos;
- f) os direitos assegurados pela legislação fiscal e previdenciária em favor dos concubinos”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) criou mais uma possibilidade de efeito jurídico positivo: é possível aos concubinos promoverem a adoção.

Em relação aos efeitos jurídicos negativos da união estável, são, geralmente, conseqüências adversas ao interesse dos concubinos, visto que acarretam extinção ou modificação de direitos que já existiam e que já eram usufruídos por um ou por outro.

Em regra, esses efeitos decorrem das uniões que se protraem no tempo, independentemente se são essas estáveis ou não.

O Código Civil apresenta três possibilidades de efeitos negativos do concubinato adúltero: a doação feita ao cúmplice no adultério (art. 1.171); instituição de seguro de vida em benefício do concubino adúltero (art. 1.474, 1.181 e 1.183); e, por fim, a liberalidade *mortis causa*, não se podendo nomear a concubina como herdeira ou legatária (art. 1.719, III).

Todo esse aparato legal visa dar à união estável um caráter de similitude com o matrimônio, se não o tornando legal, pelo menos aferindo-lhe preceitos normativos que auxiliem a resguardar a união de fato entre os concubinos como se matrimônio fosse.

#### VI – Extinção da união livre estável

Sinteticamente, a união estável pode ter o seu termo obedecendo a uma das três possibilidades: a primeira resulta do evento morte para um dos conviventes, que redundará em acontecimentos outros, carentes de verificação de como se deu a morte. De qualquer maneira, um estará com seus direitos resguardados.

A segunda forma de extinção é a que se caracteriza pelo consenso em findar aquela relação, ou seja, os interessados concluem, por suas vontades, de não mais conviverem, e desse acordo deve resultar o equilíbrio dos direitos.

A terceira possibilidade é a resultante do casamento de ambos os concubinos entre si, vez que, se o casamento de um se der com outra pessoa, também desimpedida, a antiga união tornar-se-á adúlterina frente à nova situação jurídica. Mas, sendo o matrimônio dos concubinos entre si, verificar-se-á a vontade constitucional, que predispõe como obrigação da lei facilitar a conversão do concubinato em matrimônio. Bem assevera Basílio de Oliveira<sup>20</sup>:

“acrescente-se, de resto, que a união matrimonial entre os concubinos sempre foi louvada pelos juristas, legisladores, a ponto de ser alvo da preocupação constitucional, com

vistas na sua facilitação. Realmente, interessa aos filhos, beneficia o casal na regularização da vida civil e atende a própria sociedade como um todo, justificando uma campanha de incentivo à legalização das uniões ditas ilegítimas, no campo da boa política social”.

Deve a lei cuidar, principalmente, de assegurar facilidades, subsídios à convulsão do concubinato em matrimônio. Deve expor nítidos traços a impedir a dissolução da sociedade conjugal, buscando, ao contrário, disponibilizar vantagens, a fim de que se cumpra a expectativa do texto constitucional, e finalmente seja a situação legalizada.

### *Conclusão*

A família como realidade social sempre representou a preocupação central da humanidade. Se, por um lado, significava a continuidade da espécie pela procriação, de outro lado, instrumentalizava o aparato relativo à convivência harmoniosa do grupo.

Com o surgimento do Estado, consolidou-se a família como uma verdadeira pedra angular daquele, surgindo daí uma simbiose perfeita. O Estado a protege e esta o legitima.

Como fator de proteção da família pelo Estado, criaram-se regramentos para essa instituição, a fim de torná-la forte e resistente ao tempo. O casamento legitima, nesse momento, exclusivamente, a família.

Independentemente de todo o aparelhamento de leis circundando a célula básica social, sempre foi realidade a existência de relações entre homem e mulher que não estavam acobertados pelos preceitos legais. A tal situação convencionou-se denominar união livre estável, que era a união, com fins perenes, entre pessoas de sexos diferentes, que não se casavam, simplesmente porque não era de suas vontades, haja vista não existir qualquer impedimento de ordem legal.

Há que se verificar a evolução por que passou a união estável, também denominado concubinato.

Especificamente no Direito Pátrio, a evolução dos princípios foi, de certa maneira, grandiloquente. Atingiu, no ordenamento jurídico, sobretudo em se tratando de assento constitucional, um grau de abertura até então inimaginado.

O concubinato tem, hoje, igual responsabilidade na formação da entidade familiar, ao lado do casamento, conforme o disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

A legislação superveniente infraconstitucional já desponta reguladora do concubinato, notadamente as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. Além dessas leis, tramitam proposições legislativas outras que vêm regulamentar, sobremaneira, a realidade social que é a união estável entre homem e mulher.

Não se trata, no entanto, de ocultar tal fato social, mas de dar-lhe as devidas condições, oferecendo-lhe as respostas que se fizerem necessárias ao convívio harmônico da sociedade. Tanto é que, finalmente, a Constituição Federal deu-lhe destaque importantíssimo, reconhecendo sua existência e seu valor no seio social. Todavia, não se deve desprezar o valor da instituição do casamento como mola-mestra da união entre homem e mulher, que dão origem à família, ao lado, agora, da união estável.

### *Notas*

<sup>1</sup> *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

<sup>2</sup> *Do Concubinato ao Casamento de Fato* Belém : CEJUP, 1986. p. 20.

<sup>3</sup> Corso di Diritto Romano. Diritto di Famíliá. Miláno : Giuffrè, v. 1. 1963.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 24.

<sup>5</sup> *A concubina e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961.

<sup>6</sup> Op cit., p. 27.

<sup>7</sup> *SRRF* 22, 1930. n. 66, p. 624; 34, 1942, n. 48, p. 517.

<sup>8</sup> *Do conceito ao casamento de fato* Belém : CESUP, 1986.

<sup>9</sup> *Direito Civil, Direito de Família*. São Paulo : Saraiva, v. 6, 1980.

<sup>10</sup> *Direito de Família*. Rio de Janeiro : Aide Editora, 1994.

<sup>11</sup> O concubinato e a Constituição atual. Rio de Janeiro : Aide Editora, 1993. p. 24.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de, AMORIM, Sebastião Luiz. Concubinato, companheiro: novos rumos. In: ALVIM, Tereza Arruda (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo : RT, 1995.

<sup>13</sup> Artigo publicado na *Revista Travenet Jurídica*.

<sup>14</sup> *Revista Travenet Jurídica*.

<sup>15</sup> Op. cit., p. 42.

<sup>16</sup> *Derecho Civil*, v. 1, Tomo 1, p. 313.

<sup>17</sup> Op. cit., p. 54.

<sup>18</sup> Concubinato. 3. ed. São Paulo : Livraria e Ed. Universitária, 1985.

<sup>19</sup> Op. cit., p.55.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 225.

## Bibliografia

ALVIM, Tereza Arruda. (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, Civis e Processuais*. São Paulo, RT, 1995.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do concubinato ao casamento de fato. Belém : CEJUP, 1986.

BRASIL. *Constituição*. 1988. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, 1996.

LEVI-STRAUSS. *A família: origem e evolução*. Porto Alegre : Vila Martha, 1980.

OLIVEIRA, José F. Basílio de. *O concubinato e a Constituição Federal*. Rio de Janeiro : Aide Editora, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro : Aide Editora, 1994.

RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil*. São Paulo : Saraiva, 1993.