

UNIÃO ESTÁVEL E SEUS EFEITOS ECONÔMICOS, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

SIMÃO ISAAC BENJÓ

— I —

CONCUBINATO. COMPANHEIRISMO. UNIÃO ESTÁVEL

1. No estudo jurídico do relacionamento extra-conjugal entre o homem e a mulher, vem-se evoluindo no sentido de identificar três espécies bem definidas: o concubinato, o companheirismo e a união estável, vindo esta última, inclusive, a ser reconhecida pelo Constituinte de 1988.

O parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal não se refere ao *concubinato* (em sua acepção moderna), mas à *união estável*, entre o homem e a mulher:

“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 a sua conversão em casamento.”

Assim se posicionando, o Constituinte foi além da distinção entre *concubinato* e união de *companheiros*, feita pela doutrina e recepcionada pela jurisprudência que se tornou vitoriosa no Supremo Tribunal Federal.

do homem casado, de há muito separado da esposa” (RE nº 106.663, Rev. cit., p. 834).

4.1 Igual distinção, embora englobando no conceito de companheirismo aspectos do denominado “casamento de fato”, ou união estável, é feita pelo Superior Tribunal de Justiça:

“A companheira, por seu turno, “é a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que a apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem (RE 49.195, RF 197/97)” “é a mulher que une seu destino ao do homem solteiro, viúvo, desquitado ou simplesmente separado de fato da mulher legítima. Sua característica está na convivência de fato, como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionem com os companheiros de tal união. Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto com durabilidade. O vínculo entre os companheiros imita o casamento ou no dizer tradicional é *more uxorio*. Todo o relacionamento se faz às claras, sem ocultação. Os dois freqüentam a sociedade onde, reciprocamente, se tratam como marido e mulher” (MÁRIO AGUIAR MOURA, RT 519/295).” — Acórdão da 4ª Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, in *Revista de Direito Civil*, vol. 52, p. 266).

5. Mas o Constituinte, como se disse, foi além.

5.1 Precisou sua proteção especificamente à *união estável*, vale dizer, à união prolongada, contínua e permanente de um homem e de uma mulher, não ligados por vínculo matrimonial, convivendo, sob o mesmo teto, como se casados fossem, constituindo, assim, uma família de fato, e desde que nenhum dos membros dessa união fosse casado.

5.2 Não basta, pois, o simples companheirismo para a caracterização da *união estável*, que exige a satisfação de outros pressupostos, caracterizadores do estado de casados.

5.3 A *união estável*, remarque-se, como a expressão indica, é a união duradoura e notória, *sob o mesmo teto*, em que presente deve estar sempre a *possibilidade da contração do vínculo do casamento*.

5.4 Tanto assim deve ser, que o *texto constitucional determina disponha a lei no sentido de facilitar a sua conversão em casamento*.

6. Ausente aquela possibilidade, ou sendo evidente, pelo notório propósito dos amantes de não se mostrarem à sociedade e, mais particularmente, aos vizinhos, como marido e mulher, não assumindo eles a convivência diuturna sob o mesmo teto, ao contrário, mantendo residências separadas, em uma das quais se encontram alguns dias durante a semana, é óbvia a falta de aparência do estado de casados.

6.1 Como bem salienta a douta Des. ÁUREA PIMENTEL PEREIRA, não se pode, em situações tais, “falar em imitação do casamento (*semimatrimonium vocatur*)” (*A Nova Constituição e o Direito de Família*, ed. Renovar, p. 32).

6.2 Esses sinais de aparência, aliados à possibilidade, ou melhor, à probabilidade de um esperado matrimônio é que, no direito romano, tornavam a concubina uma espécie de *uxor non solemniter ducta*, aceita de *iure civile* e repudiada de *iure divino et canonico* (ARNALDO DE MEDEIROS DA FONSECA, *in Investigação da Paternidade*, ps. 195 e 187, *apud* ÁUREA PIMENTEL PEREIRA, *ob. cit.*, *loc. cit.*).

7. Vale dizer: a companheira, em união estável, deve ter o trato, o nome e a fama de esposa.

7.1 Mesmo os que sustentam dever a união estável seguir as regras do direito de família, antes de sua conversão em casamento, são categóricos em qualificar:

“A união estável é a manifestada pela vida em comum, *more uxorio*, por período que revela estabilidade e vocação de permanência familiar, com o uso em comum do patrimônio.” (Ap. Cível nº 3600/89, Rel. Des. MENEZES DIREITO, *in Questões de Direito Positivo*, Ed. Renovar, p. 205).

7.2 E, então, a única diferença entre essa união e o verdadeiro matrimônio será a falta do vínculo formal do casamento.

8. Atento a isso, repita-se, foi que o Constituinte *determinou* ao legislador que facilitasse a conversão dessa união estável em casamento.

8.1 Isto é: que superasse entraves burocráticos, assegurando a rápida realização do matrimônio, obviamente apurada a inexistência de impedimentos.

— II —

RELAÇÕES PATRIMONIAIS

9. Mais do que isso não adiantou o texto constitucional, que nada regulou sobre a situação patrimonial entre o homem e a mulher ligados por união estável.

10. Abstraindo-se de tal preocupação, a Constituição deixou à legislação ordinária campo aberto para a normação das relações patrimoniais.

11. E, então, ficamos no mesmo ponto em que se acham as pessoas únicas, pelo simples companheirismo, em sociedade de fato, às quais sempre se aplicou o disposto no artigo 1.363 do Código Civil, como se veio a consolidar na Súmula do Supremo Tribunal Federal, cujo verbete 380 assim dispõe:

“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.”

Registre-se que, até então, concubinos eram considerados tanto os amantes como os companheiros.

11.1 Concubinato, companheirismo ou união estável, em si, sem os pressupostos da sociedade de fato, não têm repercussão patrimonial:

...a união de homem e mulher não é negócio ou sociedade qualquer, mas sim, ordinariamente, se constitui

em relacionamento fundado no mútuo afeto, em razões de corpo e alma, que não se traduzem em paga pecuniária após desfeito aquele, precisamente porque de presumir-se que, enquanto juntos, um servia ao outro" (Ac. da 5ª C. Civil do T. de Justiça de São Paulo, na ap. cível nº 101.321-1, *in Rev. dos Tribunais* 636, p. 78).

11.2 Em verdade, é a sociedade de fato, e não a convivência *more uxorio* que legitima a partilha entre os concubinos ou companheiros, ainda que vivam em união estável, não sendo demais remarcar que, para a caracterização do concubinato, na acepção moderna, não se exige a vida em comum, sob o mesmo teto (Súmula do Supremo Tribunal Federal, verbete nº 382).

11.2.1 E sociedade de fato existe entre pessoas, ainda que do mesmo sexo ou que entre elas inexista relação sentimental.

12. É certo que no Anteprojeto do Código Civil de 1972, que também ainda não fazia tal distinção, com inusitado avanço, assim se dispunha (Livro IV, DO DIREITO DE FAMÍLIA, TÍTULO IV, DAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS ENTRE CONCUBINOS):

"Art. 1.989. Após cinco anos de vida em comum, como se fossem marido a mulher, presumem-se ser de ambos os concubinos os bens adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurem em nome de um só deles.

Art. 1.990. Se um ou ambos os concubinos forem casados, é necessário que o seu desquite tenha sido decretado há mais de cinco anos, ou que a separação de fato do casal dure, ininterruptamente, por igual tempo."

12.1 Previa o referido Anteprojeto uma *presunção de comunhão dos bens* adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurassem em nome de um só deles.

12.2 Prevalecesse o Anteprojeto, já não se exigiria a sociedade de fato a quem alude o artigo 1.363 do Código Civil, com os seus pressupostos (união de esforços e/ou recursos).

12.3 Bastaria o companheirismo, que, como se disse, os textos denominavam, ainda, de concubinato, na ausência da evolução terminológica da jurisprudência aqui analisada.

13. Já o Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 (nº 634/75, na Casa de Origem), submetido à apreciação do Senado Federal, simplesmente suprimiu os artigos 1.989 e 1.990 do Anteprojeto de 1972, não contemplando suas disposições em qualquer outro local.

13.1 A propósito, o Prof. MIGUEL REALE, Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, explicou a supressão, para “que possam ser considerados outros aspectos da questão, inclusive em termos de sociedade de fato, consoante vem sendo elaborado pela jurisprudência” (Diário do Congresso Nacional de 13.06.75, Seção I, Suplemento B ao nº 061, p. 124, inc. 30, letra t).

13.2 Nem mesmo por ocasião dos trabalhos da Comissão Temporária que, no Senado Federal, já na plena vigência da Constituição Federal de 1988, examinou o novo Projeto do Código Civil, se cogitou de dar efeitos patrimoniais, quer ao concubinato (em sentido mais amplo), quer ao companheirismo estável (considerado como estado de casado).

Essa Comissão que acolheu a emenda apresentada, pelo Senador NELSON CARNEIRO, ao artigo 1.630 do Projeto, limitou-se a dar contornos à distinção entre aquelas duas figuras, para efeito de investigação de paternidade.

Não sugeriu, todavia, como não o fizera aquele ilustre parlamentar, qualquer emenda no sentido de atribuir-lhes eventual presunção de comunhão dos bens adquiridos durante a vigência de tais situações:

“...Há uma distinção, por mais tênue que pareça, entre concubinato, e estado de casado. Autores e julgados são acordes em afirmar, por exemplo, que o fato de não residirem sob o mesmo teto os concubinos, não impede o reconhecimento do concubinato. O estado de casado é um pouco mais. Requer que a mulher tenha o trato, o nome e a fama de esposa, o que pode ocorrer mesmo

quando não exista casamento religioso. O art. 1.871 do Código Português faz a distinção, ao relacionar as hipóteses em que se presume a paternidade: — “c” — Quando, durante o período legal da concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretense pai. E Pereira Coelho doutrina: — “*Comunhão duradoura* pressupõe comunhão permanente e, normalmente, um comportamento social idêntico ao do cônjuge. A única diferença entre esta união e um verdadeiro matrimônio, será a falta do vínculo formal do casamento. O *concubinato duradouro*: Nele não se verifica a comunhão do tipo atrás referido, mas há uma relação instável, que se prolonga no tempo, assumindo um caráter de exclusividade. Não é necessário que essa relação se prolongue para além do nascimento, nem sua notoriedade” (Cf. Pereira Coelho. *Filiação*, 1979, 123)” — Diário do Congresso Nacional de 31.08.89, Seção II, Suplemento ao nº 109, p. 46.

13.3 A transcrição do texto reforça o traço marcante da *estabilidade*, para que haja *comunhão duradoura*, enquanto que o *concubinato*, embora possa ser duradouro, é uma relação *instável*.

14. Insista-se: a *união estável* é a de pessoas que vivem, querem viver como casadas e podem vir a casar-se. O concubinato é a união instável de pessoas que se ligam por afinidades amorosas, decorrentes de atração recíproca, de ordem física e/ou sentimental.

15. Como quer que seja, como já tivemos oportunidade de dizer, em comentário ao parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, nem essa união estável, por si só, conduz ao regime da comunhão de bens:

“As relações patrimoniais entre os companheiros continuam sendo regidas pelo Direito das Obrigações, com base nos princípios da sociedade de fato. Somente quan-

do a concubina (*rectius* companheira) tiver participado com seus esforços ou com seus bens para a formação do patrimônio comum é que lhe é assegurada a meação sobre os bens adquiridos..." (*Temas Atuais do Direito Brasileiro*, 2ª série, Ed. da UERJ, p. 199).

15.1 Nessa linha de raciocínio, podemos trazer à colação o acórdão proferido pela Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Conflito de Competência 10028-0:

"Tais indagações e suas óbvias respostas só podem conduzir à conclusão de que o parágrafo 3º do art. 226 da Carta Magna, quando fala na "União estável entre o homem e a mulher", como sendo "entidade familiar", quer, tão-somente, significar que tal entidade merece proteção estatal, mas sem a qualificação jurídica inerente à relação matrimonial.

Aliás, isso já ocorria anteriormente, segundo o teor do art. 57, parágrafo 2º a 6º, da Lei de Registros Públicos, do parágrafo 2º do art. 1º da Lei 883/49 e das Súmulas 35, 380 e 447 do Pretório Excelso.

Não houve, pois, qualquer inovação "revolucionária", implicando ruptura com a situação anteriormente consolidada.

Continua inexistindo o estado civil de "concupino."

Questão envolvendo concubinos não deve ser erigida à condição de questão de *estado*.

O concubinato prossegue sendo uma sociedade de fato, sem equiparar-se à sociedade matrimonial.

Merece, por certo, proteção legal, que, de resto, já vinha sendo dispensada antes mesmo da vigência da atual Constituição da República.

Descabe, contudo, *data venia* das opiniões em contrário, avançar no sentido ampliativo de dar ao preceito constitucional um alcance que ele não possui.

A interpretação literal conduz a inevitáveis equívocos.

A exegese adequada deve atender à razão lógica e aos valores jurídico-sociais que deram vida à norma e a justificam dentro do sistema geral da legislação" (*Revista dos Tribunais* 646, p. 53).

16. Por outro lado, sem lei expresa, mesmo na situação de *companheirismo* ou de *união estável*, não se pode, em hipótese alguma, estabelecer uma presunção *juris et de iure* de comunhão sobre os bens adquiridos a partir da coabitação.

17. Nem mesmo uma presunção *juris tantum* se pode admitir quando a(o) companheira(o) vem para a união em maiores recursos ou ostenta uma posição econômica modesta, em confronto com o(a) outro(a), possuidor(a) de vultoso patrimônio e muito bem projetado(a) no mundo dos negócios, ao(a) qual não preste estreita, substancial e permanente colaboração pessoal pertinente a tais negócios.

17.1 Tal presunção, de caráter *juris tantum* (pontue-se) só se pode aceitar em relação aos casais de renda muito baixa, onde, sem dúvida alguma, a simples participação nas lides domésticas pode ser levada em conta para formação de uma sociedade de fato.

17.2 Se o patrimônio do(a) companheiro(a) foi adquirido com seu exclusivo trabalho ou com seus exclusivos recursos, a mera vida em comum, por mais duradoura que seja, não leva à presunção da comunhão dos bens adquiridos pelo companheiro economicamente mais aqunhoado.

— III —

REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS

18. De qualquer modo, o assunto está em aberto.

19. Aos companheiros (em união estável ou não) e até mesmo aos concubinos (em sua acepção moderna, mais restrita) se impõe o máximo de cautela, para que, na dúvida quanto à prova, um não venha a locupletar-se com o patrimônio do outro, num ato de verdadeiro enriquecimento sem causa.

20. Mais vale prevenir. Ideal, pois, e que se regulamentem os aspectos patrimoniais que possam emergir do relacionamento, de qualquer dos três tipos, entre o homem e a mulher.

21. Aliás, o Prof. ALVARO VILLAÇA AZEVEDO, em seu livro "Do Concubinato ao Casamento de Fato" (Ed. CEJUP, 2ª ed.) sugere a elaboração legal de Estatuto, tanto para os concubinos como para os casados de fato (p. 280/284), cujas normas afastem a presunção da comunhão de bens adquiridos durante a convivência.

22. Enquanto não vem a lei, nenhum inconveniente se pode apontar na regulamentação convencional das relações patrimoniais ocorrentes durante o concubinato, o companheirismo ou a união estável.

23. Lícitas serão, a nosso ver, cláusulas que visem a excluir qualquer presunção de comunicação de bens, tais como:

23.1 I — As partes reconhecem, expressamente, que:

a) mantêm um relacionamento de caráter apenas sentimental, não vivem permanentemente sob o mesmo teto, não têm nem tiveram em comum qualquer atividade, não se auxiliam mutuamente, não têm dependência material recíproca de qualquer natureza e não se acham ligadas com qualquer parcela de *affectio societatis*;

b) têm, desde o início da relação, economias e recursos próprios;

c) ainda que venham a viver em união estável, cada uma das partes cuidará de seus próprios interesses, atividades e recursos, com absoluta independência, no tocante à outra;

23.2 II — Com base na situação real das partes, enunciadas na cláusula I, fica ajustado que:

a) cada uma das partes manterá e haverá exclusivamente para si seus recursos ou bens, e respectivos frutos, assim como os frutos de suas atividades e os produtos daí decorrentes;

b) as partes tornam expresso, portanto, que conviverão sob o regime da mais completa separação de bens, não só quanto aos já adquiridos como quanto aos que vierem a ser

adquiridos, em nome individual de cada uma delas, ainda que venham a coabitar em união estável;

c) uma vez findo o relacionamento que ora mantêm, obrigam-se as partes a nada pleitearem uma da outra, a qualquer título, nem mesmo qualquer indenização.

24. De outro lado, nada impedirá que as partes:

a) reconheçam viver em companheirismo duradouro ou em união estável;

b) estabeleçam o regime da comunhão parcial de bens ou até o regime da comunhão universal de bens, ressalvados, na hipótese do simples companheirismo, os direitos do cônjuge de qualquer das partes perante o qual, por óbvio tal pacto será inoponível.