

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

SILVIO RODRIGUES

I — *Introdução e plano*

1. Ao tratar do tema do título, cuidarei, em primeiro, da instituição do casamento, depois da evolução do concubinato a partir da época da promulgação do Código Civil até a Constituição de 1988; a seguir passarei a analisar os efeitos da união estável, procurando interpretar o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal. Examinarei as várias tendências trazidas pela doutrina e pela jurisprudência, focalizando as posições extremadas nos dois sentidos: de um lado aqueles que entendem a equiparação mais ou menos estável ao casamento; de outro lado aqueles que sustentam a nenhuma ou a insignificante repercussão do texto constitucional no direito brasileiro. Minha conclusão revelará uma posição intermediária, mais perto da conservadora.

II — *Do casamento*

2. O casamento, dentro do quadro tradicional do direito brasileiro, sempre foi a pedra angular de nosso direito de família. Dentre os 303 artigos dedicados ao Direito de Família, o Código Civil consagra mais de um terço ao casamento, isso sem

contar o capítulo sobre a filiação legítima, que é efeito do matrimônio. Cuida o Código pormenorizadamente desde as formalidades preliminares que antecedem a celebração do casamento, até os efeitos de sua dissolução. É certamente a parte mais importante do livro de Direito de Família.

3. No campo de direito constitucional há que observar um fato. A primeira Constituição brasileira, que além do ângulo político cogitou da ordem econômica e social, foi a Constituição de 1934. Elas e todas as subseqüentes trataram do casamento como base da família. Dizia, a respeito do casamento, o art. 144 da Constituição de 1934:

Art. 144 — A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

4. Tal idéia, repetida pelas subseqüentes constituições, se encontrava na Constituição de 1969 (Ato Institucional n. 1) vazada em termos semelhantes (art. 175). Como veremos logo mais, outra é a posição do Constituinte brasileiro de 1988.

5. O casamento é uma instituição da qual defluem múltiplos efeitos, e se os analisamos é com o intuito de comparar o casamento com a união estável.

6. Talvez o principal efeito do casamento, além de criar a família, seja o de estabelecer um regime de bens. A lei, cuidando dos efeitos do casamento, proclama que o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar com o casamento e é irrevogável (CC art. 230). Ou seja, quer haja ou não manifestação de vontade a respeito, os cônjuges estão vinculados a um regime de bens. Antes, no silêncio das partes, ficavam presos ao regime da comunhão universal, hoje ao da comunhão parcial. Claro que não se pode dizer o mesmo da união estável.

7. Do casamento defluem outros deveres, que obrigam os cônjuges em tal condição. Destaco, entre eles, a fidelidade

recíproca e a vida em comum ao domicílio conjugal (art. 233). A infração aos deveres da vida conjugal sujeita o infrator a ser condenado na ação de desquite judicial, enfrentando as consequências da sentença que reconhecesse sua culpa.

8. Um importante efeito do casamento é a regra, segundo a qual, seja qual for o regime de bens do casamento, não pode qualquer dos cônjuges alienar ou gravar de ônus real os direitos reais sobre seus imóveis, ainda que pertencentes a um só deles. É óbvio que essas restrições não se aplicam ao concubinato ou à união estável. Da mesma forma não se aplicam às regras sobre desquite.

9. Em matéria de sucessão o casamento traz importantes efeitos. O primeiro deles se encontra na sucessão legítima e no quadro de ordem de vocação hereditária. Aí o cônjuge sobrevivente é chamado à sucessão em terceiro lugar ou seja após os descendentes e ascendentes e antes dos colaterais. Essa solução representa um grande progresso na condição do cônjuge, pois, no Direito anterior ele só era chamado à sucessão se estivesse vivendo com o falecido à época do óbito e não existissem colaterais do autor de herança até décimo grau. (Ord. L. 4º Tít. 94, princípio)

10. O Projeto de Código Civil de 1975, propunha a condição de herdeiro necessário para o cônjuge sobrevivente, e dava-lhe a prerrogativa de participar da sucessão de seu falecido consorte, concorrendo com os ascendentes e descendentes. (Projeto de Lei n. 634/A de 1975, arts. 1876)

11. Ainda no campo das sucessões é mister considerar os dois parágrafos do art. 1611 do Código Civil, nele inseridos pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4121/62), com o inescandível intuito de beneficiar a mulher viúva. O primeiro deles confere ao cônjuge viúvo usufruto parcial sobre os bens ao cônjuge falecido, e o regime de bens não era o da comunhão; e o segundo, confere ao viúvo, qualquer que seja o regime de

bens, o direito real de habitação sobre a casa residencial da família. Transcrevo os dois parágrafos.

Parágrafo 1º — O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal e à metade se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do “de cujus”.

Parágrafo 2º — Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

12. Esses são alguns efeitos que decorrem do casamento. O casamento é uma instituição minuciosamente disciplinada pelo legislador, em que os nubentes manifestam a intenção de nela ingressar, e todos os efeitos acima apontados e muitos outros (que não tive vagar para expor) surgem como corolários daquela vontade singelamente externada.

III — *Do concubinato*

13. O antagonismo do legislador de 1916 pelo concubinato é inescandível e só comparável a seu manifesto apego para com a família legítima. De fato, a única referência relativamente simpática ao concubinato se encontra no art. 363 CC, quando presume serem do companheiro o filho havido pela concubina. Nas outras hipóteses há sempre uma atitude hostil.

14. Assim não se podem casar o cônjuge adúltero com o seu co-réu (art. 183, VII). A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice é anulável (art. 1177); o filho adulterino não

pode ser reconhecido por seu progenitor adúltero (art. 358); não pode ser nomeado herdeira, nem legatária, a concubina do testador casado (art. 1719).

15. Entretanto a família surgida fora do casamento, o concubinato mais ou menos durável, de maior ou menor estabilidade, sempre existiu no passado, embora, como vimos, a lei o considerasse no ostracismo.

16 Parece inegável que a multiplicação dos casos de concubinato se multiplicaram com a multiplicação dos casos de desquite, diante da posição persistente do legislador antidi-
vorcista. A indissolubilidade do vínculo vinha proclamada em todas as Constituições brasileiras desde a de 1934 até a de 1967.

17. O problema da natureza da filiação dos desquitados, se os filhos deles eram simplesmente naturais ou adúlterinos, incendiou a controvérsia, dando margem ao aparecimento das leis que vieram permitir o reconhecimento dos adúlterinos (Lei n. 4737/42, Lei 883/49)

18. O problema cruciante no âmbito patrimonial, foi o que se propôs por ocasião do rompimento da ligação concubiniária. Terá a concubina direito a uma indenização?

19. Em artigo publicado há mais de 30 anos ("Algumas soluções jurisprudenciais sobre o problema dos concubinatos" Anais da Faculdade de Direito Mackenzie, 1959, pág. 50) fiz uma pesquisa na jurisprudência, principalmente no Tribunal de São Paulo e verifiquei a presença de duas tendências no problema da indenização da concubina. A primeira era a de reconhecer entre ela e seu companheiro o estabelecimento de uma sociedade de fato; ora por ocasião do rompimento dessa sociedade, mister se faria proceder à repartição do acervo adquirido pelo esforço comum; a segunda solução era a de atribuir à companheira que não concorrera com trabalho fora do lar para

ampliar o acervo comum, mas apenas com serviços domésticos, o pagamento de salários para retribuir tais serviços.

20. Esta última solução sempre me pareceu de um certo modo humilhante, principalmente quando a encontrei aplicada a casal de companheiros de mais de 20 anos e onde se atribuiu à mulher, que sobrevivera ao homem, um salário mínimo, durante os últimos cinco anos, eis que o remanescente estava prescrito (Cód. Civil, art. 178, parágrafo 10, V).

21. A primeira daquelas soluções depois de provocar reiterados pronunciamentos idênticos em vários tribunais, inclusive no *Supremo*, consagrou-se na Súmula 380, do Petrório Excelso, nestes termos:

380 — *Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.*

22. Ambas soluções se inspiravam no princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa. *Naturae aequum est, neminen cum alterius detrimento et injuria, fieri locum-pletorum* (Digesto, Livro 50, tit. 17, parágrafo 207).

A idéia na Súmula é a de *sociedade de fato* entre os concubinos, donde resulte um patrimônio ou *aumento do patrimônio existente*, o qual tenha *derivado do esforço comum* daqueles.

Tem-se negado, frequentemente, a idéia da existência de uma sociedade de fato, entre os concubinos pois falta-lhes, ao se unirem, a *affectio societatis*, que é elementar naquele contrato. Talvez, realmente, ao estabelecer-se união entre as partes, mais inspirada no amor do que no propósito de lucro, inexistia aquele intuito, representado pela *affectio societatis*. Não obstante, na maioria dos casos, o interesse de cada qual dos concubinos passa a ser interesse de ambos e o referido elemento, faltante

no início do conúbio, ao depois se manifesta com maior nitidez. (Rodrigues, "Direito de Família", 16ª ed., São Paulo, 1989, n. 115e)

23 Uma das modificações na aplicação da Súmula, que já vinha se manifestando anteriormente e que com a passagem do tempo tem se intensificado, encontra-se na exegese da expressão *derivado do esforço comum*. Isso porque é crescente o número de julgados, principalmente de cortes regionais, em que se tem entendido que os serviços da concubina, prestados no lar, no cuidado dos filhos comuns, caracteriza aquela colaboração do sócio, no empreendimento comum, dando-lhe titularidade para reclamar parte do acervo adquirido durante a mancebia.

24. Isso ocorre principalmente em concubinato de gente humilde, de pequeno patrimônio, onde o trabalho é dividido, o homem buscando no emprego os ganhos para a manutenção da família e a mulher na labuta doméstica.

25. Quero ressaltar uma solução, de um certo modo antiga, que embora desprezada, me parece um passo adiante, em matéria de concubinato. Na primeira edição do Anteprojeto do Código Civil, publicado em 1972, acolhendo essa importante evolução pretoriana do Direito Brasileiro, havia se inserido no quadro do Direito de Família, um título denominado "Das relações patrimoniais entre concubinos", cujo primeiro dispositivo, o art. 1.989, consolidava a jurisprudência vitoriosa e a aperfeiçoava, facilitando a questão da prova. Dispunha aquele inciso:

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

26. A regra projetada era merecedora dos maiores aplausos, pois fixava pontos de alta relevância. A expressão "como

se fossem marido e mulher” envolvia, decerto, a idéia da posse do estado de casados, exaltando a necessidade de uma ligação séria e respeitável. A fixação de um prazo de cinco anos afastava do benefício as uniões efêmeras. E a presunção *juris tantum*, de serem comuns os bens adquiridos na vigência do concubinato, facilitava a questão de prova, que não raro se apresentava como uma barreira a impedir que a concubina obtivesse a satisfação de seu direito. A presunção relativa, criada pelo inciso projetado e acima transcrito, considerava, como disse, comuns os bens então adquiridos; permitia, entretanto, não só que o varão demonstrasse não haverem tais bens sido adquiridos pelo esforço de ambos, como também facultava à mulher evidenciar que embora o concubinato não tivesse se estendido por cinco anos, havia ela concorrido para o aumento do patrimônio comum.

27. Infelizmente as edições posteriores do Anteprojeto, inclusive a constante da mensagem presidencial à Câmara dos Deputados e publicada no Diário do Congresso de 13 de junho de 1975 (Projeto de Lei nº 634, de 1975), cedendo a pressões racionárias, aboliram aquele título.

28. Como disse, essa solução não vingou.

IV — A União Estável

29. A Constituição de 1988 diverge das anteriores porque retirou o vocábulo *casamento* da regra inicial, que nos textos passados era considerado a base da família. A regra vigente afirma apenas que a família tem especial proteção do Estado. Refere-se a seguir ao casamento para dizer que ele é civil e gratuita sua celebração.

30. O dispositivo do parágrafo terceiro do art. 266, que se refere à União Estável, vem vazado nos seguintes termos:

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.

31. A regra, como disse, provocou grande rebuliço pois paramuitos ela promoveu o concubinato a uma condição de quase casamento, enquanto para outros o preceito nada mais é de que uma recomendação para o legislador ordinário a fim de que este edite normas no sentido de assegurar a proteção que o Constituinte desejou atribuir à união estável.

32. Assim já vi voto e mesmo acórdão unânime de respeitável tribunal, afirmando genericamente que a companheira, hoje, é equiparada à esposa legítima. Vi debate em julgamento no Superior Tribunal da Justiça em que houve 2 votos vencidos, de juizes da mais alta estirpe reconhecendo direito sucessório ao concubino. É verdade que saiu vencedora a tese conservadora de que a norma constitucional não alterou a ordem de vocação hereditária, contida no art. 1603 do Código Civil. Entretanto a tese vencida proclama existência de lacuna da lei, e invocando o art. 4 da lei de Introdução, mandava que se suprisse a lacuna por analogia, atribuindo à concubina, com preferência aos colaterais, a herança de seu companheiro.

33. São freqüentes os debates sobre direito a alimentos da concubina e conhecimento julgadores concedendo-os; li arestos sobre a desnecessidade de prova do esforço comum para pleitear meação; sobre se é valedor o esforço indireto da companheira no grangeio do patrimônio comum; se o seu direito é sempre sobre metade dos bens adquiridos durante o concubinato, ou se pode ser aquinhada com menos da metade, se a fonte de recursos do varão superar, de muito a sua.

34. Há algumas asserções que são incontestáveis:

1) A união estável e o casamento são institutos diversos, e tanto o são que o texto constitucional proclamou que o estado se empenhará em facilitar a conversão da união estável em casamento.

2) Uma diferença entre união estável e o casamento é que neste se estabelece e naquele não se estabelece regime de bens.

3) A Súmula nº 380 do STF fala em sociedade de fato gerando, com sua dissolução, a partilha do patrimônio auferido pelo esforço comum. O abrandamento que talvez se possa admitir, após a Constituição que considerou a *união estável entre o homem e a mulher uma entidade familiar*, é que faz ela jus a ser julgada pelo Juízo de Família. Todavia, o Tribunal de São Paulo tem posição firme em sentido contrário.

4) Admito a colaboração indireta da concubina, não lhe conferindo entretanto e necessariamente, a metade do patrimônio, podendo ser essa parte menor que a do companheiro.

5) Todos os demais efeitos do casamento, por mim acima mencionados, não repercutem na união estável. Não tem direito a concubina a alimentos, não tem direito ao usufruto viual, não está vinculada aos deveres do art. 233 do Código Civil, não dependendo de alvará para separar-se de corpo. Uma posição adequada, que compartilho em parte, é a do Prof. HUMBERTO TEODORO FILHO (Revista dos Tribunais 662/4). Transcrevo os três parágrafos.

“ 1º O preceito constitucional abriu uma brecha na legislação do concubinato, preocupa-se também em preservar a família legítima, pois prevê que a lei deverá facilitar a conversão da família natural em casamento. Não houve, portanto, uma total equiparação entre o casamento e o concubinato. O que a nova Carta quer é apenas que a lei discipline, ao lado do casamento, também a relação concubinária.

2º Haverá de surgir, portanto, uma lei complementar que fixe com mais precisão os requisitos para que o concubinato se considere “união estável” e possa merecer um tratamento aproximado ao dispensado à família legítima.

3º Os efeitos patrimoniais do concubinato também dependerão de especificação em lei ordinária. Enquanto não surgir essa lei, é de manter-se a orientação pretoriana a respeito da sociedade de fato e da prestação de serviços domésticos.”

Acho que o restabelecimento da norma constante no Anteprojeto de 1972, seria uma solução merecedora de bastantes aplauso.