

DOCUMENTÁRIO

A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

MARIA ADELIA CAMPELLO

(Conferência proferida na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, em 02 de setembro de 2003).

Nenhum ramo do Direito brasileiro evoluiu de forma tão radical, no decorrer do século XX, como o Direito de Família. Mormente a partir da segunda metade do século, a família tradicional, formada pelo casamento, passou a coexistir com um número cada vez maior de famílias constituídas de maneira informal. Os problemas suscitados em decorrência dessa informalidade levaram o legislador constituinte a alçar a união informal à categoria de entidade familiar, criando assim o instituto da união estável.

A união estável nada mais é, portanto, do que a união informal que passou a ter proteção legal. E falar em união informal é falar na história afetiva da humanidade. O instinto natural de perpetuação da espécie manifestou-se, desde sempre, mais forte do que os ditames da lei e dos costumes. A natureza sempre foi muito mais intensa do que as convenções, de forma que as uniões livres sempre existiram e sempre existirão.

No nosso mundo jurídico, a expressão união estável identifica um instituto do Direito Civil, mais especificamente do Direito de Família, e é nesta condição que ele será abordado.

Podemos localizar os primórdios do instituto da união estável no Brasil do final do século XIX, época em que as famílias constituíam-se basicamente

de duas maneiras: mediante o casamento religioso, utilizado pela família patriarcal tradicional, geralmente oriunda das classes abastadas, que valorizavam a formalidade do ato; ou pelo antigo *usus*, expressão latina que designava a união informal, adotado principalmente pelas populações menos favorecidas. Esse era o costume, até que sobreveio a instituição do casamento civil, através do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890.

Pelo Decreto 181/1890, o Estado passou a determinar o aspecto formal de constituição da família, e o fez banindo as demais formas até então utilizadas. Isto significa dizer que a família legítima passou a ser aquela constituída exclusivamente de acordo com a nova lei. Portanto, o casamento civil passou a ser uma exigência do Estado, a união legitimadora da família tradicional, ao lado do casamento religioso, que manteve a aura de imperativo social junto às classes mais favorecidas.

No artigo 108 das Disposições Gerais, o novo Decreto assim dispunha:

Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brazil, si o forem de accordo com as suas disposições.

Paragrapho único. Fica, em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para celebração do matrimonio pela religião delles.

Quando nos referimos ao casamento civil como exigência do Estado, queremos pontuar que o Estado passou a considerar como família legítima exclusivamente aquela decorrente do casamento civil. Esta imposição trouxe inúmeras conseqüências como, por exemplo, a referência, no Código Civil de 1916 — que recepcionou a imposição — aos filhos havidos do casamento civil, que eram denominados *filhos legítimos*, enquanto que a prole advinda de outras formas de união receberam denominação discriminatória, como filhos naturais, ilegítimos, adúlteros e incestuosos.

No entanto, podemos afirmar que a união informal entre o homem e a mulher foi, desde sempre, a forma mais impulsiva de constituição da família, a mais legítima e natural expressão de atração e afeto entre homem e mulher, na qual prevalece a força da natureza sobre o formalismo muitas vezes exigido pela legislação e pela sociedade.

Esse impulso natural e atemporal de constituição do agregado familiar foi muito bem definido pelo Prof. Virgílio de Sá Pereira, em um texto que se tornou antológico, e que é seguidamente citado pelos estudiosos do Direito de Família, quando desejam fazer um paralelo entre a união informal e o casamento. Diz ele: “a família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer

à natureza, e por toda parte ele constitui a família, dentro da lei, se é possível, fora da lei, se é necessário” (Pereira, 1959, p. 95).¹

A história nos mostra que em épocas passadas, em sociedades nas quais a Igreja coexistia com o Estado, alguns ordenamentos possuíam dispositivos de proteção a essa forma livre de constituição da família. Em Portugal, por exemplo, havia o que se chamava *casamento por fama*, adotado em meados do século XIV, durante o reinado de Dom Dinis.

O dispositivo que regia o sistema de *casamento por fama* tinha a seguinte redação: *é costume desse direito que se um homem vive com uma mulher e mantém casa ambos por sete anos continuamente, chamando-se por marido e mulher, se fazem compras ou vendas e emprazamentos, e se assinarem nos instrumentos ou cartas que fizerem marido e mulher, não podem negar o casamento, e have-los-ão por marido e mulher, ainda que não sejam casados perante a Igreja*².

Curioso verificar-se que, já àquela época, encontramos, claramente dispostos, os requisitos indispensáveis da união estável, exigidos pela atual lei civil brasileira, quais sejam a notoriedade ou publicidade, a continuidade e a durabilidade da união.

É de se notar que, até o advento da Constituição Federal de 1988, a relação entre homem e mulher não decorrente do casamento civil era chamada de relação concubinária, ou concubinato. Concubinos eram aqueles que, embora vivessem como marido e mulher, não eram formalmente casados. Em consequência, não tinham qualquer proteção legal. O componente afetivo da relação, o afeto mútuo que ensejava o estabelecimento da união informal, era considerado fator sem nenhuma relevância jurídica.

No entanto, acumulavam-se os casos de relações informais cujos integrantes acabavam por recorrer ao Poder Judiciário, visando obter solução jurídica para situações surgidas com o desfazimento da vida em comum. Esses casos passaram a ser numericamente relevantes, levando o Judiciário a lançar um olhar sobre a questão, e fazendo com que a construção jurisprudencial viesse definir ao menos os efeitos patrimoniais da união informal, ou concubinária. Surgiu assim a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, vazada nos seguintes termos: “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”.

A Súmula 380 enquadrava as relações informais ou concubinárias, caracterizando como sociedades de fato aquelas em que havia participação de ambos os concubinos na construção do patrimônio, e dispôs sobre a solução dos

conflitos daí decorrentes. Ou seja, privilegiou o aspecto meramente societário e patrimonial dessas uniões, desprezando mais uma vez o componente afetivo.

O afeto só veio a ser considerado como componente indissociável da união informal com o advento da Carta Constitucional de 1988, que trouxe para nosso ordenamento jurídico as relações de afeto não matrimonializadas. Nascia, assim, a entidade familiar a que se chamou de união estável.

O texto constitucional que criou o novo instituto, consagrado no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, reza o seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

.....
Par. 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.

No entanto, em se tratando de dispositivo constitucional, o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal necessitava de regulamentação mediante lei ordinária. Essa regulamentação veio através de duas leis: a Lei 8.971/94 e a Lei 9.278/96.

A Lei 8.971, de 30.12.94, foi a primeira tentativa da legislação em dispor sobre o instituto da união estável, e tratava de alimentos e sucessão entre companheiros. No entanto, seus poucos artigos não conseguiram alcançar grande parte dos conflitos que pretendiam pacificar.

No artigo 1º, a Lei 8.971/94 dispunha sobre o direito aos alimentos do convivente comprovadamente necessitado, nas seguintes condições:

Art. 1º. A companheira comprovada de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Já o artigo 2º, que tratava dos direitos sucessórios dos conviventes, não logrou regulamentar de maneira satisfatória as questões decorrentes da sucessão, estendendo o usufruto viual ao companheiro supérstite e trazendo dificuldades ao exercício do direito de propriedade aos herdeiros. Da mesma forma, privilegiou o convivente em detrimento dos herdeiros colaterais.

O Prof. Alvaro Villaça Azevedo, ao tratar do inciso III desse dispositivo, assinala que “o companheiro ficou com mais direitos que o cônjuge, pois aquele que, em vida de seu convivente, em caso de rescisão de contrato de união estável, tinha só direito à partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância concubinária, e em igualdade de condições, salvo disposição expressa em contrário, em caso de sucessão, na qualidade de herdeiro necessário, receberá todos os bens do convivente morto, inclusive os adquiridos pelo

falecido antes da relação concubinária. Tudo em detrimento dos herdeiros colaterais” (Azevedo, 2000, p. 22)³.

Em resumo, a primeira tentativa de regulamentação do instituto da união estável apresentou-se acanhada, parcial e até equivocada, perdendo-se a oportunidade de se estabelecer normas reguladoras abrangentes, de caráter mais generalizador.

Menos de dois anos depois, foi publicada a Lei 9.278, de 16 de maio de 1996, que veio dar contornos mais nítidos ao instituto da união estável, conceituando-a e dispondo sobre direitos e deveres dos conviventes.

As críticas mais contundentes com relação a esta lei referiam-se ao fato de que ela retirava dos conviventes o direito de viver ao desabrigo de qualquer norma. Várias vozes, entre elas as de conceituados estudiosos do Direito de Família, levantaram-se para criticar a excessiva intromissão do Estado naquilo que consideravam um direito pessoal, qual seja a escolha de uma forma de união não regulamentada.

A despeito dessas críticas, é certo que a nova lei procurou criar um mecanismo que tivesse o condão de evitar situações conflituosas na esfera patrimonial. Para isso, facultou aos conviventes dispor, mediante instrumento escrito, sobre a titularidade dos bens adquiridos na constância da união. Da mesma forma, inovou ao instituir o direito real de habitação ao convivente supérstite.

Essas duas leis conviveram durante algum tempo, até que começaram a ser suscitadas dúvidas a respeito de possível revogação da primeira pela segunda, ou se daquela subsistiriam alguns dispositivos. Essa questão, à época, levou os Tribunais a emitir enunciados, dispondo sobre os pontos controvertidos, a fim de unificar o entendimento da magistratura. De qualquer forma, esta questão encontra-se hoje superada, por força do advento do novo Código Civil.

Em 11 de janeiro de 2003 entrou em vigor o novo Código Civil Brasileiro, que absorveu em parte as duas leis, tanto a de 1994 quanto a 1996. No capítulo relativo ao Direito de Família, o novo diploma dedica à união estável um título especial, composto de cinco artigos, que definem o instituto, delimitam os direitos e deveres a ele inerentes, e instituem outras providências.

Além do título que lhe foi dedicado com exclusividade, o instituto da união estável é citado inúmeras outras vezes, em dispositivos que o equiparam ao casamento civil, para o fim específico de cada norma. Como exemplo, citamos o artigo 1.595, no título relativo ao parentesco por afinidade; o artigo 1.626, que trata de adoção; os artigos 1.631 e seguintes, que dispõem sobre poder familiar; os artigos 1.694, sobre direito aos alimentos, e 1.708, sobre

cessação do direito em virtude de nova união do credor; o artigo 1.711, que trata do bem de família; e no capítulo das Sucessões, os artigos 1.790, 1.797 e 1.844.

O título dedicado ao instituto da união estável inicia-se com o artigo 1.723, que dispõe:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Encontra-se neste dispositivo a definição do que seja a união estável, seus requisitos e objetivo, repetindo de forma quase idêntica o artigo 1º da Lei 9.278/96. O legislador não se aventurou a definir o que seja convivência pública, contínua e duradoura, já que esses são conceitos jurídicos que a teoria hermenêutica denomina de *indeterminados*. Portanto, melhor que sejam deixados ao exame caso a caso.

Parágrafo 1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Esse parágrafo representa uma inovação. Os impedimentos a que se refere o parágrafo 1º são os mesmos impedimentos para o casamento: não podem casar os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem foi cônjuge do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho do adotante; as pessoas casadas; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Compreende-se que a lei não quis dar proteção por via transversa àqueles impedidos de obtê-la pela via direta do casamento.

A exceção ao elenco do artigo 1.521 é o inciso VI, na hipótese de a pessoa casada se encontrar separada de fato ou judicialmente, caso em que não ocorrerá impedimento para a constituição da união estável. O parágrafo 1º constitui um grande avanço no tratamento da matéria, na medida em que a lei passa a admitir como união estável relações não eventuais nas quais um ou ambos os conviventes sejam apenas separados de fato.

Parágrafo 2º. As causas suspensivas do artigo 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Outra inovação, e um grande avanço no tratamento da matéria. Essas causas suspensivas do casamento, relacionadas no artigo 1.523 do novo Código Civil, faziam parte, no Código de 1916, do rol de impedimentos ao casamento, e dizem respeito à ausência de certas providências judiciais as quais,

provada a inexistência de prejuízo, perdem a relevância. Na verdade, esse parágrafo é de natureza preventiva, e visam evitar a confusão de patrimônios. Incluem-se entre essas providências a falta de processamento do inventário pelo viúvo ou viúva que pretenda contrair nova união; a ausência de partilha de bens do divorciado; e, com relação ao tutor ou curador e seus descendentes, ascendentes e parentes, que pretendam contrair matrimônio com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela e não forem saldadas as contas.

Ou seja, são causas de natureza não consideradas relevantes a ponto de impedir a caracterização da união estável. É importante que se ressalte a flexibilização adotada no texto da norma legal inserta no Código Civil, em cotejo com os primeiros dispositivos que tratavam da matéria.

O artigo 1.724 enumera os deveres dos conviventes:

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Esse artigo repete o disposto na Lei 9.278/96, e equipara os deveres dos conviventes aos dos cônjuges, previstos no artigo 1.566 do mesmo Código Civil. É curioso observar que o Código Civil, ao elencar os deveres do casamento (art. 1.566), fala em *fidelidade recíproca* mas, ao referir-se à união estável, fala em *lealdade*, o que talvez venha a suscitar questões e dúvidas.

O artigo 1.725 reitera uma das grandes inovações trazidas pela Lei 9.278/96, que é a proteção patrimonial dos conviventes mediante instrumento escrito.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

A regra geral, portanto, que vigora na união estável, é equivalente ao regime da comunhão parcial de bens do casamento, ou seja, comunicam-se entre os conviventes os bens adquiridos onerosamente durante a vida em comum. Em virtude de não constituírem aquisição onerosa excluem-se, por exemplo, as heranças e as doações.

Pode-se dizer que este dispositivo enseja, de certa forma, a escolha do regime de bens na união estável. A possibilidade de se estabelecer a total ou parcial incomunicabilidade dos bens de cada um dos conviventes, durante a constância da união estável, mediante contrato escrito — algo como um pacto nupcial — representa grande avanço legislativo. Essa possibilidade veio ensejar aos parceiros, em muitos casos, a tranqüilidade necessária para levar adiante o projeto de vida em comum.

O artigo 1.726 repete o preceito constitucional inserto na segunda parte do parágrafo 3º do artigo 226 da CF, regulamentado pelo artigo 8º da Lei 9.278/96:

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Finalmente o artigo 1.727 que, curiosamente, caracteriza o que *não é* união estável:

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Este dispositivo, analisado isoladamente, parece conflitar com o disposto no artigo 1.723. No entanto, trata-se apenas de uma aparente contradição, pois quando o artigo menciona *homem e mulher impedidos de casar*, está a referir-se aos impedimentos legais elencados no artigo 1.521, à exceção do inciso VI.

Neste ponto, abrimos parênteses para abordar assunto relativo a uma dúvida recorrente com relação aos sujeitos da união estável. Note-se que o texto constitucional menciona como sujeitos da união estável o homem e a mulher. Portanto, a interpretação literal do parágrafo 3º do art. 226 da CF, bem como o 1.723 do CC, afasta a possibilidade serem consideradas, para efeito de união estável, os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

No entanto, diversos e abalizados autores, no moderno Direito de Família, entendem que o texto constitucional não adota posição excludente, no tocante a considerar como entidade familiar as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Defendem esses autores a inclusão dessa modalidade de união como situação apta a vir a alcançar a titularidade de direitos, invocando para tanto os princípios e garantias individuais constitucionalmente previstos, como os da igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º, I), da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), e o princípio da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação (CF, art. 3º, IV).

Outro forte argumento utilizado pelos estudiosos a favor do ingresso das parcerias entre pessoas do mesmo sexo no universo dos titulares de direitos é a desbiologização da família, que fez declinar em importância o relacionamento homem-mulher.

De fato, a família tradicional sempre recebeu a proteção do Estado, em parte devido à sua capacidade de reprodução. A desbiologização da família, em consequência das novas técnicas de reprodução assistida, trouxe a possibilidade de o fator procriacional ser alcançado de outras maneiras que não apenas como decorrência do relacionamento homem-mulher.

A esse respeito, diz a Des. Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição sequer perante o Direito Canônico. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica ter a Constituição deixado de abrigar, sob o conceito de família, a convivência entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a própria lei não permite qualquer distinção em razão do sexo” (DIAS, 2000, p.5)⁴.

Ora, não há qualquer dúvida quanto ao fato de que a família, antes monolítica, tornou-se plural após o advento da Carta Constitucional de 1988. Para efeito da proteção legal, pode-se elencar um extenso número de entidades familiares, passando pelo par andrógino, casado, com filhos biológicos; par andrógino, casado, com filhos adotivos; par andrógino, não casado, com filhos biológicos (união estável); par andrógino, não casado, com filhos adotivos (união estável); pai ou mãe e filhos biológicos (família monoparental); pai ou mãe e filhos adotivos (família monoparental); grupo de irmãos com pais falecidos; comunidade afetiva formada com filhos de criação; uniões concubinárias; e *single*, pessoa que vive sozinha mas que é titular de normas protetivas relacionadas com o Direito de Família, como a que dispõe sobre o bem de família.

Então, se o elenco de tipos de núcleos familiares é tão extenso, abrangendo desde a família tradicional, unida pelo casamento com filhos biológicos, até o *single*, é possível que a parceria homossexual, que é uma realidade numérica cada vez mais relevante, venha a ter no futuro a proteção do Estado.

Na realidade, as uniões entre pessoas do mesmo sexo já encontram proteção em algumas áreas no que se refere, por exemplo, à partilha de bens pela existência de sociedade de fato, quando ambos os parceiros contribuíram para a formação de patrimônio comum. Ou ainda na esfera previdenciária, quanto a benefícios e pensões deixados por um parceiro ou parceira a outro ou outra, na hipótese de falecimento.

No entanto, é certo também que determinados direitos permanecem como exclusivos dos casais ou conviventes heterossexuais, como é o caso da adoção de menor.

Em conclusão, podemos afirmar que a relação não eventual entre pessoas do mesmo sexo não caracteriza união estável, podendo-se falar apenas em parcerias, cuja proteção se restringe, até o presente momento, exclusivamente à esfera patrimonial e previdenciária.

NOTAS

1. PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de Família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1959, p. 95.
2. PIZZOLANTE, Francisco Eduardo Orcioli Pires e Albuquerque. *União Estável no Sistema Jurídico Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 34.
3. AZEVEDO, Alvaro Villaça. *União estável*. São Paulo: Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 58, 2000, p. 22.
4. DIAS, Maria Berenice. *União homossexual – aspectos sociais e jurídicos*. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de Família, Editora Síntese, n. 4, 2000, p. 5.

--oOo--

A vida do Direito não foi a lógica; foi a experiência.

HOLMES, Oliver Wendell (*O Direito Comum*)