

**A UNIÃO ESTÁVEL, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988,
CONSIDERADA ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI 9.278/96**

Patrícia Soares Sette()*

A Constituição Federal, promulgada em 1998, inovou em seu artigo 226, parágrafo 3º., regulamentando a União Estável como matéria pertinente ao Direito de Família, haja vista que, no âmbito do Direito de Família, não há um sistema legislativo perfeito e acabado. A aplicação do direito nessa área, antecipou-se à confecção legislativa, atendendo aos anseios de uma sociedade em constante evolução de costumes, em contínuo processo de assimilação de novos valores e enriquecimento de outros.

Com base nesta realidade, a nova Constituição passou a defender a idéia de que a ordem jurídica também deve se ajuntar a tal incessante mutação.

O Direito de Família tem por objeto fundamental o tratamento e a regulamentação das relações familiares. Entretanto, esta aparente simplicidade não tem conseguido superar a polêmica instaurada sobre a verdadeira dimensão conceitual que compreenda o fenômeno sociológico "família".

Por um longo período na história, a organização das sociedades em famílias foi realizada pela implantação e utilização de um instituto aperfeiçoado com o nome de matrimônio. Tal instituto passou a significar uma verdadeira instituição, pois era com o casamento que se garantia a existência, o progresso e a segurança das relações familiares.

Este arsenal jurídico, todavia, montado para estruturar um certo tipo de sociedade, com o passar do tempo começou a tornar-se anacrônico.

É nesse quadro de intensas e contínuas mudanças sociais que a nova Carta Magna deu legitimidade familiar a um modo de vida que, por muito tempo, recebeu tratamento dispersivo e incerto: as uniões livres estáveis, ou uniões concubinárias, a partir das quais se constituem famílias sem casamento.

Contudo, não se pode defender a noção de que todas as referências legislativas às uniões livres estejam na órbita do Direito de Família, assim como nem todas as normas que falam de cônjuges ou de estado de casados são típicas de tal direito. Mas o que se há de compreender por união estável, o *status* de família, as relações decorren-

(*) *Bacharela em Direito e Servidora do TJDF*

tes do pátrio poder e a possibilidade de alimentos neste âmbito de relação são exemplos de questões cuja abordagem pertence indiscutivelmente ao Direito de Família.

A partir de quando se começou a reconhecer uniões livres estáveis como entidades familiares, o estudo das relações passou a ser feito sempre em termos comparativos com o casamento. Em termos práticos, isto conduz a uma quase equiparação das situações, embora, subsistam distinções de ordem formal. Podemos constatar que casamento e concubinato não se confundiram, e nem o primeiro deles foi abolido. Depois da Constituição de 1988, seguiu-se a mesma orientação, com as Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Mesmo diante de uma legislação própria e autônoma, regulando as uniões livres, a aplicação analógica dos princípios do casamento é preponderante. Isto ocorre porque seria igualdade duvidosa normatizar de formas completamente diferentes relações familiares que são intrinsecamente iguais em aspectos afetivos e psicológicos. É a evidência de que as uniões livres passaram a fazer parte do Direito de Família.

Isto posto, as Leis 8.971/94 e 9.278/96 vieram para consolidar o caráter das uniões estáveis como verdadeiro instituto jurídico, integrante do Direito de Família ao lado do casamento. O surgimento de tais diplomas legais, especialmente o último, propiciará grandes discussões e divergências.

O art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal dispõe:

“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.” O art. 1º, da Lei 9.278/96, por sua vez, complementa: *“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.”*

Comparando-se ambos os dispositivos, extraem-se os seguintes elementos essenciais: a dualidade de sexos, o conteúdo mínimo da relação, a estabilidade e a publicidade.

A convivência, a comunhão de vida, na união estável, embora não fundada em laços econômicos, provoca, usualmente, situações de gastos conjuntos e comuns, de divisão de despesas, de união de esforços econômicos para satisfazer determinados anseios ou melhorar as condições de vida. Não é razoável, especialmente no mundo atual, que se conceba qualquer união livre de um homem e de uma mulher, duradoura no tempo, que exclua por completo qualquer elemento de interferência econômica.

Em princípio, portanto, não há confusão de patrimônios, não há condomínio, não há sequer assistência material. Estes reflexos materiais surgem com a constatação

da estabilidade, por imposição da lei, ou, por convenção das partes. Antes de a relação ser estável, pode haver condomínio entre o homem e a mulher quando ambos adquirirem certos bens. Titulares são os dois. Se consta só o nome de um, o titular é só esta pessoa. A questão é de prova e de direito obrigacional. O art. 5º. da Lei 9.278/96 não incide, ainda.

Com a estabilidade da união, aparece a "família informal". Alteram-se, aí, as relações econômicas entre os parceiros. Conseqüências que antes inexistiam, passam a configurar-se. Estes efeitos materiais, a título de sistematização, podem ser assim classificados: a questão da sociedade de fato; a questão da assistência material: os alimentos e a responsabilidade civil; a questão dos direitos sucessórios e, por fim, a questão previdenciária.

Mesmo após a Lei 9.278/96, não há regime de bens na união estável. O art. 5º. da lei consagra uma presunção relativa de condomínio. Na prática os efeitos são similares àqueles de uma comunhão parcial, por isso se disse "a lei previu a sociedade quase como se fosse um regime de bens..." As relações societárias dos parceiros podem ser alteradas a qualquer tempo, o regime é imutável. Ainda quando previamente as partes contratam por escrito suas relações econômicas, restringindo ou ampliando a noção de sociedade, não fixam um regime de bens. Em face de bens que ainda não existam no patrimônio de um ou de outro, este contrato é meramente uma carta de intenções; a mutabilidade é intrínseca.

Na união livre estável, quando o homem e a mulher juntam esforços, dinheiro ou trabalho, para aquisição de um bem, já caracterizam sociedade de fato. Se ambos se tornam titulares desse bem, o condomínio é resultado da sociedade de fato havida. Mas se somente um deles se torna titular do bem, sociedade de fato continuou existindo, só que o efeito jurídico, condomínio, não foi alcançado. O art. 5º. da Lei 9.278/96 inspirou-se nessa situação para presumir este efeito, mas não o fez em termos absolutos.

É sobre o art. 5º da Lei 9.278/96, portanto, que passa a incidir a análise. O dispositivo está assim redigido:

"os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito."

O parágrafo 1º. do art. 5º. da lei cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente do início da união. Pelo parágrafo 2º. do art. 5º. da mesma lei, tem-se que a administração do

patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito. Por exemplo, se um dos parceiros vende imóvel que já era seu antes da união, e compra outro, o imóvel comprado não é alcançado pela presunção. Esta contingência é que o parágrafo 1º queria regular. Se um dos parceiros aluga imóvel que já era seu antes da união e com os alugueres recebidos compra outro, na constância da união, o bem comprado submete-se à presunção.

A estipulação contrária em contrato escrito, feita pelos parceiros, afasta a presunção relativa de condomínio. Por convenção escrita os parceiros afirmam: o que cada um adquiriu ou adquirir em seu nome é só dele, não do outro. Não é necessário registro nem testemunha, exige-se forma escrita. Este contrato pode ser prévio ou superveniente, parcial ou total. Ele é prévio quando feito ao início da relação. Tem nítido caráter preventivo porque ainda não se sabe se a união será estável. Com ele, resguarda-se o patrimônio futuro de cada parceiro de eventuais pretensões do outro, se vier a ser estável a relação e, depois de estável, ocorrer o rompimento. O patrimônio já existente nas mãos de cada um, ao início não é abrangido pela presunção. E, se com o produto desses bens preexistentes adquirem-se outros, na constância da união, a presunção também não incide (art. 5º, parágrafo 1º).

Não é imprescindível que tal contrato seja prévio. A qualquer momento na constância da relação, os parceiros podem contratar para afastar a presunção de condomínio. Até mesmo após o rompimento da relação é possível este acordo. Ruptura de união estável por desentendimento não significa sempre falta de civilidade a ponto de não se poder, amigavelmente, regularizar a situação patrimonial. **Por isso, concluiu-se, também, que o acordo pode ter efeitos retroativos.** É ato de disposição patrimonial como qualquer outro. Daí que se disse, nesta perspectiva do acordo superveniente, que, “por convenção, os parceiros afirmam: o que cada um adquiriu é só dele”. Óbvio que não tem sentido falar-se em efeito retroativo se o contrato é prévio.

Não são todos os bens móveis e imóveis adquiridos por um dos parceiros, durante a união, que o art. 5º presume pertencerem a ambos. A lei exclui aqueles adquiridos a título gratuito, como são os casos típicos da doação e da herança. Antes da lei, nesse sentido, o REsp 58.537/STJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 05/12/95. Se ambos os parceiros assumem a qualidade de donatário ou herdeiro de um bem, o condomínio surgiu por este efeito, não pela presunção do art. 5º. Se um dos parceiros recebe doação ou herança do outro, passa a ser proprietário exclusivo, mas só pode receber aquilo de que o outro poderia dispor. Ressalvado, evidentemente, o direito de hereditariedade.

A polêmica instaura-se quanto às situações de união estável referentes ao período sucessivo à promulgação da nova Carta Magna e anterior à edição da Lei 9.278/96.

Considerando, ainda, a questão patrimonial dos conviventes que estabeleceram vínculo familiar informal neste período, e a posterior dissolução do mesmo anterior-

mente à Lei 9.278/96, a partilha dos bens adquiridos durante a convivência sofreu os efeitos de diversas interpretações da nova norma jurídica alcançada pela atual Constituição Federal.

Tomando como base julgados de casos concretos pertinentes à questão posta, temos entendimentos jurisprudenciais diversos acerca da partilha de bens adquiridos por uma união estável na vigência da Constituição de 88.

Em julgado recente, o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios acolheu a tese de meação dos bens em dissolução de sociedade de fato, anterior à Lei 9.278/96, reconhecendo a contribuição da companheira para a manutenção da economia doméstica com seus préstimos, zelando pela criação e educação da menor sob sua guarda (APC 45.143/97). Neste sentido, manifesta-se o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A simples convivência more uxorio não confere direito a partilha de bens, mas a sociedade de fato que dela emerge pelo esforço comum dos concubinos na construção do patrimônio do casal. Para a formação de tal sociedade, contudo, não se exige que a concubina contribua com os rendimentos decorrentes do exercício de atividade economicamente rentável, bastando a sua colaboração nos labores domésticos, tais como a administração do lar e a criação e educação dos filhos, hipótese em que a sua parte deve ser fixada em percentual correspondente à sua contribuição.” (REsp. 45.886/94, Rel. em. Min. Antônio Torreão Braz)

Em sentido contrário, manifestou-se o Excelentíssimo Senhor Desembargador Getúlio Moraes Oliveira:

“Meu posicionamento haveria até de ser divergente, porque considero que a simples mancebia, ou mesmo a convivência, por si só, não é geradora de uma sociedade de fato.” Mais adiante: *“A sociedade, necessariamente, não tem que ser regrada por uma partilha igualitária. Ela é regrada, sim, pela força econômica com que cada sócio entra.”*

Considerando, ainda, a meação de bens após a dissolução da sociedade de fato, temos o REsp. 155247-CE:

“É pacífico neste tribunal o entendimento de que a concubina que tenha durante longos anos colaborado para a manutenção da vida em comum, cuidando do lar e dos filhos, tem direito de receber parte do patrimônio formado pelo casal durante o tempo da união, ainda que apenas o companheiro tenha participado diretamente da atividade mercantil.”

Ainda, o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: Remessa *Ex-Officio* 906/97.

Em sentido contraposto, entendeu o colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp. 1412-RJ) que a partilha dos bens adquiridos durante a constância da união deverá ser feita observando-se o esforço individual de cada um dos conviventes para a aquisição dos mesmos:

“...Sociedade de fato. Concubinato. Comprovada a existência de concubinato por cerca de quatorze anos, e o fato de mulher, em certa medida, haver colaborado na formação do patrimônio do varão, dando-lhe companhia e assistência e exercendo atividade remunerada, justo é se lhe atribua a participação de 30% dos bens por ele adquiridos, no período do concubinato, incluindo o que lhe serve de residência”. Ainda, RE 112.624-8 - RJ.

Entendendo, ainda, a necessidade de esforço comum para aquisição dos bens, na proporção da participação individual de cada convivente, entendeu o c. Superior Tribunal de Justiça no REsp. 64.906/ES, que

“...Quanto à formação do patrimônio comum, em si, o concubinato não faz nascer os mencionados efeitos patrimoniais, pois a companheira ou concubina para cobrá-los tem que provar que dessa convivência more uxorio nasceu uma sociedade de fato e, assim, surge a possibilidade de partilha de bens, desde que adquiridos como resultado de um esforço comum dela e de seu companheiro.”

Reforçada a decisão pelo voto do em. Min. Rel. Waldemar Zveiter:

“Acolhendo tais fundamentos, conheço do recurso e lhe dou provimento parcial para o fim de julgar procedente em parte a ação,

deferindo à autora o equivalente a 30% do patrimônio figurado em nome do réu, julgando improcedente a impugnação...

Corroborando a tese acolhida pelo colendo STJ, temos o RE 91.806-0-SP:

“Civil. Sociedade de fato entre concubinos. Pedido de dissolução e partilha de bens. Acórdão local que o negou, ante o exame dos fatos e provas, dos quais deduziu que não houvera o concurso da mulher para o incremento do patrimônio de seu companheiro. O concubinato, ainda que de longa duração, não acarreta automaticamente a admissão de sociedade de fato. Recurso Extraordinário não conhecido (Súmula 279).”

Isto posto, concluímos por acompanhar o entendimento jurisprudencial no sentido de que a partilha dos bens adquiridos na constância da união estável no período posterior à promulgação da nova Constituição Federal e anterior à edição da Lei 9.278/96 deverá ser procedida levando-se em conta a participação individual de cada convivente. Por tratar-se de norma jurídica não auto-aplicável, dependente de lei complementar que a regule, e, em face do princípio da irretroatividade da lei civil, a Lei 9.278/96 não poderia ter seus efeitos retroagidos *ex tunc*.

Assim sendo, no tocante às relações econômicas entre concubinos, é bem certo, pela jurisprudência dominante no STF e nas demais Cortes do país, que o precedem no exame dos casos concretos, que tanto pode haver o concubinato, embora duradouro, sem participação econômica no incremento do patrimônio de um dos partícipes, como pode acontecer que esta participação, não revelando contribuição direta no incremento de bens, traduza mera prestação de serviços, capazes de merecer uma retribuição na proporção de seu valor, de sua intensidade e duração; podendo ocorrer, no mais das vezes, o concubinato sem a participação no incremento de bens e sem a prestação de serviços suscetíveis de remuneração.

Não sendo admissível, pelo *fumus boni iuris*, o enriquecimento sem causa, havendo prova de que a participação para aquisição dos bens durante a união se deu por esforço comum, opinamos pela prevalência da divisão dos bens de forma equânime na proporção do esforço de cada convivente.