

SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL E A LEI 8.971/94

MÔNICA GUAZZELLI ESTROUGO

Advogada e Professora Universitária.

1. Breve análise histórica — 2. Da Lei 8.971/94 — 3. Das condições para o reconhecimento da união — 4. Dos alimentos — 5. Da Sucessão: 5.1 Da partilha; 5.2 Partilha e usufruto, impossibilidade de cumulação — 6. À guisa de conclusão.

1. Breve análise histórica

Não é possível compreender qualquer que seja o instituto no direito sem que antes de descortine sua origem, pois são nas raízes que efetivamente se encontram os fundamentos de sua criação.

Assim, para que possamos analisar a lei que regula o direito dos companheiros a alimentos e sucessão, necessário é, no mínimo, fazer rápida retrospectiva de como a união estável vinha sendo tratada por nosso ordenamento jurídico.¹

Nesta medida, importa destacar que o concubinato, mais modernamente definido como união estável, antes do advento da Constituição Federal de 1988, produzia algumas conseqüências jurídicas de natureza patrimonial, eis que tratado como matéria pertinente ao direito obrigacional, daí ter sido estabelecida por parcela significativa da doutrina e da jurisprudência, distinção entre concubina e companheira.² A uma outorgava-se apenas e tão-somente uma humilhante indenização por serviços prestados e a outra, por se admitir que tivera contribuído economicamente para a formação de um acervo patrimonial, partilha dos bens adquiridos com esforço comum, em face da sociedade de fato que existira.

Todavia, com o advento da Carta Magna de 1988, tal posição sofreu forte guinada na orientação até então esposada, uma vez que foi juridicizado o instituto da união estável, como notoriamente sabido.

1. Aliás, quanto a necessidade de um bosquejo histórico, Marco Tulio Cícero disso já se apercebera ao asseverar que "História vero testim temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis", (A história é a testemunha dos tempos, a luz da verdade, a vida da memória, a mestra da vida, a mensageira da antiguidade) — 11106/433 a.C. in 'De Oratore, Livro II, capítulo 9,36.

2. Arnold Wald in 'Direito de Família', 8.^a ed., 1991, RT, SP, p. 55 e ss.

Uma das principais modificações impostas pelo constituinte de 1988 foi a de que as relações oriundas da união estável, em suas conseqüências jurídicas, deslocavam-se do campo do direito obrigacional para o direito de família.³

Neste diapasão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, tiveram pontos de desencontro. Efetivamente, houve quem sustentasse, por exemplo, que a(o) companheira(o) não cabia direito a alimentos.⁴ Outros, entendendo a necessidade de regulamentação da norma constante do art. 226, § 3.º, da Constituição Federal, em face de sua natureza jurídica⁵ e outros ainda, entendendo que, desde logo, ou seja, desde a promulgação da Carta de 1988, nascera o direito a alimentos para os companheiros reciprocamente.⁶

Desta polêmica resultou vencedora, com o advento da Lei 8.971/94 a segunda corrente antes referida.

A controvérsia, contudo, não se restringiu a questão dos alimentos, na verdade estendeu-se a outros institutos próprios do direito de família e, até mesmo ao direito das sucessões, v.g.; partilha de bens; possibilidade ou não da concessão de separação de corpos; existência de deveres entre os companheiros; direito a sucessão; legitimidade para companheiro(a) ser inventariante e outros que tais.

Não lograram doutrina e jurisprudência, como costuma acontecer, atingir posição uníssona e, por decorrência, os casos concretos ficavam ao sabor da sorte. Também não se definiu unanimemente, por exemplo, quais as características exigidas para reconhecimento da existência de união estável.

Todavia, quiçá sensível a esta realidade indefinida, o legislador brasileiro houve por bem de fazer uma opção ideológica em favor da regulamentação parcial do instituto, disciplinando tão-somente o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão e o fez através da Lei 8.971/94.

2. Da Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994

Editadas as normas a respeito do tema, para enfrentá-los sob o ponto de vista exegético, antes de mais nada necessário se faz sua definição em torno de sua natureza jurídica.

Neste passo, cumpre observar que a superação desse ponto permitirá melhor compreensão das conseqüências decorrentes dos comandos legais agora existentes, haja vista que se as normas forem de natureza exclusivamente processuais, aplicar-se-ão, desde logo, consoante determina o art. 1.211

3. Matéria polemizada, contudo com clara tendência de sedimentação no sentido de admitir a inclusão na órbita do direito familiar. Neste sentido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul editou a súmula n. 14 com o seguinte teor: "É da Vara da Família, onde houver, a competência para as ações oriundas de união estável (CF, art. 226, § 3.º)".

4. Yussef Said Cahali, *in* 'Dos Alimentos', 2.ª ed., 1993, RT, SP, p. 179 e ss.

5. Sérgio Gilberto Porto, *in* 'Doutrina e Prática dos Alimentos' 2.ª ed., 1991, AIDE, RJ, p. 102 e ss.

6. Sérgio Gischkow Pereira, *in* Revista dos Tribunais 657, p. 17 e ss.

do CPC.; porém se de natureza exclusivamente material, afloram algumas questões de direito intertemporal que sofrerão a incidência da Lei de Introdução ao Código Civil.⁷

O texto, parece indubitoso, consagra comandos de natureza processual, v.g. art. 1.º e de natureza material, por exemplo art. 2.º e art. 3.º.

Assim, pois se constitui em Lei de Natureza Híbrida, ora consagrando normas de natureza processual, portanto de aplicação imediata, ora normas materiais que reclamam soluções via direito intertemporal.

Compreendendo as questões em torno da natureza jurídica da lei, algumas propostas legislativas merecem destaque.

3. Das condições para o reconhecimento da União

Vale observar, desde logo, que o legislador impôs que seja a união comprovada. Evidentemente está a disciplinar a questão sob a ótica judicial, vale dizer: para que alguém tenha sua condição de companheira ou companheiro reconhecida, é necessário que demonstre a existência da união em juízo.

Frente este quadro, deve ser esclarecido que a forma de demonstração da existência da união é atingida pela disciplina imposta pelo CPC (art. 332) onde todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos são admitidos para a demonstração do fato jurígeno união, definida como estável.

Assim prova testemunhal, documental e até mesmo pericial é apta para ver declarada por sentença a existência de união entre “A” e “B”, seja em ação declaratória ou nos próprios autos de demanda que consagre outra pretensão, v.g., alimentos.

Todavia, para que a união gere os efeitos pretendidos pela lei analisada, deverá ter a mesma ocorrido por período superior a cinco anos ou existir prole comum e que seja entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas (excluído, portanto, o chamado concubinato adulterino).

Como se vê, deverá aquele que pretende se valer da lei, demonstrar a existência da união por mais de cinco anos ou, se não isto, a existência de prole decorrente desta (seja através de certidão de nascimento ou de sentença declaratória de paternidade), concomitantemente com o estado civil exigido pela matriz legal.

Neste último particular, merece aplauso a inconformidade manifestada por Rejane Brasil Filippi⁸ ao sustentar que com a edição da lei restaram ao desabrigo, as uniões de homens ou mulheres casados, todavia separados de fato, que constituíram nova relação. Circunstância que, indubitavelmente, representa um sem número de casos existentes entre nossos coetâneos. Com isto, a lei pretendeu preferencialmente, neste particular, afastar a possibilidade da ocorrência de concubinato adulterino em tese existente, em verdade

7. Sobre a natureza jurídica das normas consultar a bela monografia de Hermenegildo de Souza Rego intitulada “Natureza das Normas sobre Prova”, RT, SP, 1985.

8. Artigo publicado no jornal *Zero Hora*, em 25 de janeiro de 1995, p. 19.

desconheceu notórios casos de pessoas que muito embora ainda formalmente presos a um matrimônio anterior, de há muito já constituíram uma nova relação que, no mais das vezes, perdura a bem mais tempo que o vínculo nupcial anterior.

Outra questão relevante, diz com a *mens legis* ainda constante do art. 1.º da lei em torno do requisito imposto e traduzido pela expressão “*que com ele viva...*” Qual a inteligência de tal afirmativa? Quer parecer que o legislador optou pela idéia de que haja entre os companheiros vida *more uxório*, no sentido de que seja esta sob teto único.

Contudo, deve ser lembrada que está a vigor o verbete 382 da Súmula do Pretório Excelso, o qual não exige vida sob o mesmo teto para a caracterização do concubinato. Assim, resta um conflito aparente entre a proposta legislativa e a jurisprudência sumulada pela Magna Corte.

Afirma-se que o conflito é meramente aparente porque, em verdade é possível compreender a expressão “*...que com ele viva...*” com elastério maior do que aquele que uma apressada interpretação poderia induzir, entendendo que a expressão legal signifique apenas vida sob o mesmo teto. Contudo, situações bem conhecidas no contexto social demonstram a possibilidade da existência de união estável, vale dizer comunhão de interesses e bens sem que haja, necessariamente, vida sob o mesmo teto. Aliás, exatamente esta circunstância é que deu origem ao verbete 382 editado na súmula do Supremo Tribunal Federal e hoje é considerada matéria vencida.

Induvidosamente pretendeu o legislador transpor para o texto legal a compreensão cultural de vida em comum, a qual enseja a idéia de vida sob o mesmo teto. Inobstante a vontade deste, o direito, sensível à realidade, também conhece inúmeras situações de vida em comum onde o requisito sob o mesmo teto cede ante outras evidências.

Com isso, não há que se falar em eventual conflito entre a nova lei e a jurisprudência consolidada, mas sim na possibilidade de convivência de ambas propostas onde, por regra, teremos vida em lar comum, mas não como imperativo indeclinável.

Demonstradas as circunstâncias antes mencionadas e superadas eventuais dificuldades destas decorrentes, poderá aquele que se enquadrar na moldura legal, valer-se da lei que, em última *ratio*, pretende outorgar ao companheiro(a) direito a alimentos e a sucessão.

4. Dos alimentos

Cumpra esclarecer que a lei, no que diz respeito aos alimentos, não os consagra expressamente estabelecendo o dever de mútua assistência entre os companheiros, mas o faz implicitamente ao autorizar o uso do rito da Lei 5.478/68. Com efeito, ao permitir o uso da Lei de Alimentos evidentemente considerou certa a obrigação alimentar entre companheiros, como se a questão já estivesse disciplinada no ordenamento jurídico. Todavia, bem se sabe as polêmicas existentes em torno da questão contudo agora superadas em face da posição adotada pelo legislador.

Hoje, pois, é possível afirmar a existência do dever de mútua assistência entre companheiros, desde que estes, afora os requisitos próprios do instituto

de alimentos — necessidade e possibilidade — apresentem ainda as características elencadas no primeiro artigo da lei.

Definido o direito a alimentos, oportuno destacar que todas aquelas questões que podem vir a ser objeto de discussão em sede de demanda alimentar, quando a relação jurídica de direito material a dar suporte tiver origem no casamento, também aqui, na relação concubinária podem ser utilizadas.

Assim, obrigatório para o juízo, uma vez atendidas as exigências da lei, a concessão de alimentos “*ad litem*”, definidos pela lei como provisórios. Bem esclarecido que os requisitos legais que deverão estar presentes são tanto os da Lei 8.791/94, Lei 5.478/68 e art. 400 do Código Civil, ou seja, a demonstração da existência da união estável combinada com os requisitos da pretensão alimentar, isto é a possibilidade de um e a necessidade do outro.

5. Da sucessão

A partir do art. 2.º, a Lei 8.971/94 passa a considerar a questão sucessória em caso de morte de um dos companheiros. Mais uma vez, o direito aqui consagrado, está também sujeito às condições anteriormente elencadas (vida em comum há mais de 5 anos ou prole comum, e estado civil de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo).

Assim, preenchidas tais condições, é outorgado ao companheiro sobrevivente usufruto de parcela dos bens deixados pelo outro, desde que o mesmo não tenha constituído nova união. Tal usufruto será da quarta parte acaso o falecido tenha deixado filhos, em caso contrário, recairá sobre a metade dos bens.

Como se pode observar, quanto a sucessão, os comandos da norma sob análise identificam-se com a regra contida no art. 1.611 do Código Civil, equiparando, neste aspecto, a união estável ao casamento realizado por outro regime que não seja o da comunhão universal.

Já da análise do inciso III deste dispositivo, vê-se que o legislador inclui, na ordem de vocação hereditária, o companheiro. Aqui, necessário é compreender que, na verdade, ocorreu profunda modificação na linha sucessória, no sentido de incluir o companheiro como herdeiro, em posição hierarquicamente superior (preferencial) em relação aos colaterais.

Nasce, pois, uma equivalência entre o companheiro sobrevivente e o cônjuge supérstite, todavia, isto não significa que o legislador está a equiparar o instituto da união estável ao casamento, até porque, existe clara preferência constitucional pelo modelo do casamento como nascedouro para formação da família.

O norte da Carta Constitucional é no sentido de, sem reconhecer isonomia entre casamento e união estável, outorgar a esta as proteções básicas com similitude àquelas outorgadas ao casamento. Assim, aqui a lei infraconstitucional equipara o companheiro ao cônjuge supérstite, mas como dito, isto não significa uma equiparação dos institutos união estável e casamento.

5.1 Da partilha

Invocando ainda a sucessão *causa mortis*, o legislador assegura ao companheiro sobrevivente o direito a metade da herança, acaso os bens deixados resultem da atividade onde haja colaboração deste para a construção do acervo patrimonial.

A exata compreensão do que significa, afinal, esta “colaboração” é fundamental para delimitar-se a extensão da norma em apreço.

Neste passo, oportuno referir que, pelo menos desde a edição da Carta de 1988, nosso direito abriga verdadeira polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno da definição do que, efetivamente, representa colaboração para a formação de um patrimônio.

De um lado há os que entendem que para se configurar uma efetiva colaboração, necessário é uma real contribuição econômica, quer advinda de capital propriamente dito ou de atividade economicamente produtiva.⁹ Para estes, pois, para que se configure, ‘colaboração’ há de ser demonstrada participação econômica na aquisição do patrimônio; daí a noção de ‘esforço comum’ na formação de um acervo de bens, o qual exatamente por sua causa seria pertencente a ambos os companheiros.

De outra banda, doutrina e jurisprudência também se manifestam em sentido diverso,¹⁰ entendendo que a ‘colaboração ou esforço comum’ não advém tão-somente de efetiva contribuição pecuniária e que muitas vezes, apesar da(o) companheira(o) não trazer qualquer bem material para a união ou sequer exercer atividade remunerada e/ou lucrativa, há a referida ‘colaboração’, na medida em que esta(e) contribui pessoalmente para o conforto e a tranquilidade do lar, apoiando psicologicamente e emocionalmente o companheiro para que este exerça atividade lucrativa e, por decorrência, forme patrimônio. Para tal segmento, a idéia de ‘colaboração’ advém da própria vida em comum, da comunhão de interesses. Por este entendimento o patrimônio é de ambos companheiros e prescinde de prova de ‘esforço comum’ face a presunção de contribuição de ordem estritamente pessoal.¹¹

Assim, vê-se que o preceito legal que refere: “... *resultarem de atividade em que haja colaboração...*” faz com que a polêmica narrada se perpetue.

Não se pode, é verdade, desvalorizar a contribuição afetiva e moral que um companheiro ao outro oferece. No mais das vezes o fato de ter a tranquilidade e a estrutura de uma vida em família é decisivo para a conquista de bens materiais. Daí porque, segundo nosso entendimento, há necessidade de serem os bens adquiridos na constância da união partilhados por metade a cada qual dos companheiros.

Todavia, a nosso ver, a lei difere desta idéia. A norma, como se denota, não trata de partilha decorrente de eventual rompimento entre os compa-

9. ‘Artigo intitulado “Concubinato, Companheiros: Novos Rumos” por Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim, in Direito de Família — aspectos constitucionais, civis e processuais’ RT, SP, 1995, p. 97.

10. Ver Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul n. 165, p. 162 e ss.

11. José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, in ‘Direito de Família’, SAFE, RS, 1990, p. 93.

nheiros tal qual uma separação entre cônjuges, restringe-se, isto sim, às hipóteses de sucessão e, para tais, ao referir "*atividade em que haja colaboração*" a norma imprimiu verdadeira necessidade de efetiva colaboração de cunho econômico. Assim, o aporte de capital ou a atividade lucrativa, implicarão na partilha do acervo de bens, deixados pelo companheiro falecido, mas para tanto há a necessidade de demonstração de colaboração.

O que se depreende da lei pois, é que o direito de partilha não nasce do fato união estável, mas, isto sim, da conjugação de esforços para formação de um patrimônio, ou seja, do esforço comum.

5.2 Partilha e usufruto, impossibilidade de cumulação

Outra questão relevante é averiguar a possibilidade ou não dos arts. 2.º e 3.º da lei sob análise serem concomitantemente pretendidos, vale dizer a possibilidade de pretender o usufruto de alguns bens e partilha.

Inicialmente, acaso o companheiro sobrevivente receba a metade dos bens deixados, não poderá o mesmo pretender, também, o usufruto de parcela dos bens deixados. O legislador, sem sombra de dúvidas, criou as diferentes hipóteses nos arts. 2.º e 3.º e estas, a princípio, se excluem.

A presente orientação esposada decorre da proposta constitucional da Carta de 1988. Com efeito, o constituinte fixou o casamento como maneira preferencial para formação de família, sem, contudo, como é sábio, descurar do reconhecimento do concubinato.

Ao firmar tal orientação é óbvio que não se pode admitir que o legislador infraconstitucional privilegie — agora — aqueles que optam pela união livre, concedendo a estes a possibilidade jurídica de buscar aquilo que os casados não têm. Vale dizer: usufruto concomitante com partilha. Se assim fosse, os companheiros poderiam gozar de até 100% do patrimônio formado, quando, a pessoa casada, o máximo que pode almejar é a meação, ou seja, 50% de um acervo comum de bens.

Assim, ao companheiro que tiver direito a metade da herança não cabe postular usufruto da outra metade ou de 25%. O direito real de usufruto recairá geralmente sobre o imóvel que serve de moradia familiar e tal é assegurado àquele companheiro que, exatamente, não tiver direito a metade dos bens deixados e não a quem já recebeu a meação por partilha.

6. À guisa de conclusão

Como se observa a Lei 8.971/94 conseguiu afastar algumas questões até então polemizadas como é o caso dos alimentos. Entretanto, importante lembrar que o próprio advento da lei faz surgir, por outro lado, uma gama de problemas pertinentes ao assunto. É o caso, por exemplo, de uma união entre homem e mulher que não chega a se perpetuar por 5 anos, não gera prole e por uma ou outra razão se dissolve. Neste caso, com base na lei não terá o companheiro direito a alimentos do outro ou, em caso de morte, não terá direito a usufruto ou parcela de bens. Nesta hipótese, pergunta-se, como será possível ao direito tratar de eventual dissolução? A resposta é simples e representa, neste aspecto, um retrocesso, pois, voltar-se-á a resolver

os conflitos exsurgentes destas uniões, que pela lei não são estáveis, porquanto não atingiram as condições ali elencadas, com base no direito obrigacional e, assim, ressurgirá a figura da dissolução de sociedade de fato e, até quem sabe, a velha e humilhante indenização por serviços prestados.

Dá se vê que, muito embora a lei, vários problemas não foram dirimidos e que a regulamentação, na forma que foi feita, fez ressurgir antigas polêmicas. Tal regulamentação poderia ter sido mais abrangente se, ao invés de impor, por exemplo, um determinado marco temporal, tivesse conceituado o instituto da união estável com base em seus elementos caracterizadores, v.g. a comunhão de vida e interesses, a notoriedade do vínculo, a vocação de permanência. Por certo, que a caracterização do instituto através de determinados elementos traria uma visualização de modo mais amplo dentro do sistema jurídico.

Face a possibilidade de avaliação da presença ou não de alguns elementos caracterizadores do vínculo estável, dar-se-ia aos operadores do direito uma maior facilidade em proteger as pessoas que se unem de forma livre.