

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 127

julho/setembro – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

A união estável e a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994

OTTO EDUARDO VIZEU GIL

1. A Lei nº 8.971, de 1994, vem provocando uma exagerada apreensão entre leigos e juristas, todos receosos de que os tribunais, já francamente inclinados ao reconhecimento dos vínculos nascidos do concubinato e à proteção financeira da mulher que nele se envolve, venham a estimular, à luz do novo diploma, o sucesso de verdadeiras aventuras judiciárias, acentuando o notório esgarçamento dos laços conjugais e estimulando, em consequência, o desprestígio do casamento, principalmente do casamento submetido aos tropeços da vida tormentosa das grandes cidades.

2. É certo que a redação equivocada de certos dispositivos da Lei nº 8.971 vem criando uma certa perplexidade entre os que têm o dever de cuidar dos interesses envolvidos com aquele diploma, sejam juízes, advogados e membros do Ministério Público. Estou convencido, entretanto, de que o correto dimensionamento do alcance da nova lei vai seguramente evitar o risco de se projetar o concubinato muito além dos limites que a lei quis e podia lhe dar. Esse é o único caminho que poderá conter os abusos que podem vir a se alimentar das interpretações aligeiradas.

3. O parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal é a fonte direta da Lei nº 8.971. Ali se reconheceu como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, quando suscetível de ser convertida em casamento. E a lei definiu como união estável a convivência entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, que perdure há mais de cinco anos. A união estável reconhecida pela lei — a única que pode gerar os efeitos patrimoniais ali estabelecidos — é a convivência que pode ser convertida em casamento, o que afas-

Otto Eduardo Vizeu Gil é professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes e Advogado no Rio de Janeiro - RJ.

ta desde logo o concubinato adúlterino, que segue contemplado no Código Penal e objeto das restrições constantes dos artigos 1.177 e 1.719, do Código Civil, e que vale como fator relevante da separação dos cônjuges (Lei nº 6.515, de 26.12.77, art. 5º).

4. Assim, não é qualquer tipo de concubinato, ou de acasalamento, por mais duradoura que seja a convivência, que pode ser reconhecido como união estável e merecer a proteção do Estado, como figura equiparada a uma unidade familiar. A primeira condição para a caracterização do concubinato como entidade familiar é a de que a convivência se dê entre pessoas desimpedidas de contrair casamento, o que vale dizer, os co-participes do concubinato devem ser obrigatoriamente pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas. A segunda condição, a de que o relacionamento perdure há pelo menos cinco anos. Finalmente, a de que esse relacionamento reflita uma convivência *more uxorio*, de marido e mulher, fazendo transpirar a plena comunhão de afetos e de interesses, e que transpareça, à vista de toda a gente, tanto nos bons quanto nos maus momentos, como a *integração completa de um homem e de uma mulher que procuram conduzir uma existência em comum, semeando uma amizade que os possa alcançar, ainda unidos, nas incertezas da velhice*. Essa é a união estável de que se ocupa a Lei nº 8.971, equiparada a um casamento a que faltava, mas já não falta, a vinculação legal.

5. É bem de ver, portanto, que a união estável, para que possa lograr o amparo da lei, não é a que vai refletir apenas uma convivência duradoura. O tempo vale como fator determinante apenas se atendidas as duas outras condições estabelecidas na lei: a de que a convivência seja *more uxorio*, entre pessoas não proibidas de contrair casamento. Sem que estejam preenchidas essas duas pré-condições, uma convivência concubinária de cinco ou mais anos não é de ser considerada, para os efeitos da lei, como união estável.

6. A existência de filho comum também não é condicionante da caracterização da união estável, que pode muito bem ser reconhecida ainda que os concubinos não tenham tido descendência. Inversamente, se há filho nascido do concubinato, ainda que não adúlterino, daí não se segue que se deva reconhecer, para os fins da Lei nº 8.971, uma convivência que não atingiu a estabilidade ali exigida.

7. A caracterização do concubinato tem suscitado entre os doutos algumas dúvidas de direito intertemporal. Uma delas, sobre se um relacionamento iniciado antes da vigência da Lei nº 8.971 pode vir a ser reconhecido como união estável se a completação do período de cinco anos ocorreu já no regime da nova lei. *Estou em que a aferição da duração do concubinato deve ser necessariamente precedida de duas indagações condicionantes, a primeira delas, se esse concubinato poderia ser convertido em casamento; demais disso, ter-se-ia de indagar se o concubinato reflete, na realidade, assim intrínseca quanto extrinsecamente, uma existência em comum, more uxorio, dessas em que se compartilham os interesses mais relevantes dos co-participes. Feita essa indagação preliminar, que só pode ser solucionada à vista de prova convincente e incontroversa, apura-se, só então, o implemento da terceira condição, que diz com a cronologia do evento — duração mínima de cinco anos, contados da data em que se iniciou o relacionamento estável.*

8. É preciso considerar que a união estável, tida como entidade familiar, enterreira uma figura que só passou a existir, e valer, com a promulgação da Lei nº 8.971, e só a partir de então essa figura assumiu a feição de uma situação jurídica, capaz de produzir efeitos patrimoniais, gerando direitos e obrigações. Antes disso, o concubinato (não-adúlterino), por duradouro que fosse, pertencia ao mundo dos fatos, sem relevo para a ordem jurídica, que não o reconhecia. Para usar uma expressão tão do agrado de Pontes de Miranda, o concubinato era fato *não juridicizado*, que só passou a interessar à ordem jurídica com o advento da Lei nº 8.971. Assim sendo, e com maior razão, o tempo de uma convivência adúlterina, ainda que decorrido na vigência da nova lei, não vai poder ser computado para o efeito de completar o quinquênio requerido para a caracterização da união estável, ainda mesmo que o estigma da ilegalidade tenha desaparecido com o desfazimento dos vínculos conjugais de um ou de outro parceiro *daquele concubinato*.

9. Na teoria do conflito das leis no tempo, o fator que releva perquirir, inclusive porque assume, no Brasil, grandeza constitucional, é o que tem pertinência com o direito adquirido, e que emerge de situações definitivamente consumadas. Não há que se computar o tempo de um concubinato iniciado antes da Lei nº 8.971 exatamente porque o tempo desse concubinato

decorreu antes que se constituísse a situação jurídica que a nova lei criou sob o *nomen juris* de união estável, capaz de irradiar eficácia jurídica, inatingível pela superveniência de uma lei nova. A não ser assim, ter-se-ia de aceitar, contra os princípios da lógica elementar, que o efeito pode ocorrer antes da causa, ou que a consequência pode anteceder o princípio, ou, ainda, que o direito sucede o fato (cf. Paiva Pitta, *Questões Transitórias do Direito Civil Português*).

10. Repita-se que o concubinato capaz de produzir a eficácia jurídica contemplada na Lei nº 8.971 é apenas o que, sem a sombra da menor dúvida, pode ser caracterizado como união estável — um fato complexo que somente se consuma quando se realiza o último elemento que, concorrendo com os demais, determina o nascimento do efeito jurídico (cf. Ferrara, *Trattato di Diritto Civile*, v. I, p. 59). Os elementos que compõem o concubinato, como tal reconhecido pela Lei nº 8.971, não incidem sobre esse fato complexo de forma simultânea, mas sucessivamente. E o quinquênio de convivência que se exige para o aperfeiçoamento da união estável é o último elemento que condiciona o surgimento dessa nova situação, mas que também está, de seu turno, condicionado à comprovação de um outro elemento que o precede — o assentamento definitivo das relações concubinárias. Por essa razão a contagem daquele quinquênio não pode ser iniciada senão depois que aquele relacionamento passa a apresentar a segurança requerida pela lei, porque somente depois disso poder-se-á ter a certeza de um relacionamento sério, suscetível de ser reconhecido como unidade familiar e justificar o exercício dos direitos assegurados na lei. A caracterização do concubinato, assim, como união estável, reclama uma investigação cautelosa, lastreada em prova robusta. Para que não sejam acolhidas, à margem da lei, pretensões fantasiosas.

11. Os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.971 regulam a dissolução do concubinato estável, tanto a dissolução *inter vivos* (artigo 1º), que atribui ao companheiro, seja o homem seja a mulher, o direito de reclamar alimentos, nos termos da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, e nas condições ali previstas, como a dissolução *causa mortis* (artigo 2º), que confere ao companheiro supérstite ou (I) o direito ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos, sejam comuns, ou não, ou (II) o direito ao usufruto da metade desses bens, se não houver filhos mas sobrevivam ascendentes, ou (III) o

direito à totalidade da herança, na falta de descendentes ou ascendentes.

12. Quanto aos alimentos, e malgrado o enunciado da Súmula 379, da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, penso que é de ser respeitada, como ato jurídico perfeito, e inatacável, a renúncia a que se dispuser fazer qualquer um dos participantes da união estável — porque não são parentes e não estão, em consequência, vinculados às prescrições do artigo 404 do Código Civil.

13. O artigo 3º da Lei nº 8.971, que será examinado mais adiante, não trata da dissolução da união estável, mas da dissolução (*causa mortis*) de uma sociedade de fato que possa ter existido entre os co-participes daquele concubinato para a aquisição de parte ou da totalidade dos bens arrolados no inventário do companheiro falecido.

14. Como a união estável, desde que fartamente comprovada, alcança a grandeza de um casamento, tem-se que a obrigação de prestar alimentos, uma vez constituída, transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 23 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, combinadamente com o artigo 1.796 do Código Civil.

15. Em torno do artigo 3º da Lei nº 8.971, que regula os direitos sucessórios atribuídos ao companheiro supérstite, vêm se concentrando as maiores perplexidades. O Prof. Segismundo Gontijo, de Belo Horizonte, suscita, por exemplo (COAD – Seleções Jurídicas, nº 3/95, pp. 23 e ss.), a indagação sobre se a existência de filho (seja comum ou apenas do *de cuius*), nascido antes da vigência da Lei nº 8.971 pode ser levada em consideração para os fins de mensuração do direito de usufruto assegurado ao concubino sobrevivente. No entender do ilustre jurista, se a Lei nº 8.971 for considerada como uma lei *de ordem pública*, então, nessa hipótese, ela vai incidir sobre fatos ocorridos antes de sua vigência, resultando desse entendimento que o filho nascido anteriormente vai limitar o direito do concubino supérstite ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*; em caso contrário o fato não vai poder ser levado em consideração e o companheiro sobrevivente terá direito à metade daqueles bens ou, até mesmo, se não sobreviverem ascendentes, o direito de herdar a totalidade do patrimônio inventariado.

16. Não creio que os problemas de direito intertemporal possam ou devam ser resolvidos à luz da teoria, pouco consistente, ao respeito da natureza das leis — se de ordem pública, ou

não — e aceitar que as primeiras podem retroperar para alcançar fatos acontecidos anteriormente. Aliás, no exemplo suscitado pelo professor mineiro, o problema de direito intertemporal não chega sequer a ocorrer, eis que a condição que a lei impôs para a avaliação da participação do supérstite no usufruto dos bens de seu companheiro é, *tout court*, a existência de descendência, pouco importando se nascida anteriormente à vigência da lei. Ocorre que o nascimento é um fato jurídico que não pode ser ignorado quando da composição do suporte fático sobre o qual incide ou vai incidir a regra jurídica. É irrelevante que a regra incida posteriormente. Aliás, no caso em apreço, o argumento prova pouco ... porque prova demais: se a lei não pudesse considerar o fato — existência de filho nascido antes de sua vigência — para o fim de dosar a participação do concubino supérstite no usufruto do companheiro falecido, então não poderia também considerar, para a avaliação do alcance daquele direito de usufruto, a existência de ascendente do *de cujus* que tivesse também nascido anteriormente, o que permitiria ao sobrevivente, ao menos nos primeiros anos de aplicação do novo regime, exercer o direito à herança da totalidade dos bens do parceiro falecido, tal como previsto no inciso III do artigo 2º da Lei nº 8.971.

17. Esse inciso do artigo 2º da Lei nº 8.971 é o que vai seguramente provocar as discussões mais acirradas, a começar pela indagação sobre se a nova lei instituiu o companheiro sobrevivente de uma união estável como herdeiro necessário do *de cujus*, ao lado dos descendentes e ascendentes. A prevalecer esse entendimento a lei teria absurdamente privilegiado o partícipe supérstite desse concubinato estável, atribuindo-lhe uma legítima equivalente ao dobro da que é atualmente reservada aos descendentes e ascendentes, por força do artigo 1.721 do Código Civil. Pelo sistema do Código, o testador, havendo descendente ou ascendente, não pode dispor senão da metade de seu patrimônio, a outra metade, considerada legítima, reservada àqueles herdeiros necessários. Se a nova lei houvesse realmente instituído o sobrevivente de uma união estável como herdeiro necessário de seu companheiro, seriam nulas quaisquer verbas testamentárias que alcançassem o seu patrimônio, todo ele destinado ao companheiro supérstite se o *de cujus* houver falecido sem descendência ou ascendência. É bem verdade que o testamento que houver sido lavrado antes da Lei nº 8.971, ou antes mesmo

da consumação da união estável, é ato jurídico perfeito que terá de ser respeitado.

18. Demais disso tudo, se se entender que a Lei nº 8.971 instituiu como herdeiro necessário o companheiro supérstite de uma união estável, então, nessa hipótese gritantemente absurda, o cônjuge, que não é herdeiro necessário e pode ser total ou parcialmente afastado dos benefícios da herança, ficará relegado a uma posição secundária em relação ao partícipe de um concubinato.

19. Não é essa, penso eu, a melhor interpretação do inciso III do artigo 2º da Lei nº 8.971. O parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal reconheceu a união estável como unidade familiar, que passa a fazer as vezes de casamento. Nisso se resume a proteção do Estado, a que alude o texto constitucional. A lei não quis privilegiar o concubinato em relação ao cônjuge, mas atraí-lo para o campo do casamento. E ainda que não o diga expressamente, parece evidente que o inciso III daquele artigo 2º está se reportando ao artigo 1.611 do Código Civil, modificando-o parcialmente para nele incluir, ao lado do cônjuge, o companheiro sobrevivente de uma união estável, a quem será também deferida a sucessão se, à falta de descendente ou ascendente, não estava dissolvida, ao tempo do óbito, a sociedade concubinária.

20. É preciso ficar claro que o artigo 3º da Lei nº 8.971 não versa sobre direitos sucessórios, mas sobre a dissolução *causa mortis* de uma sociedade de fato eventualmente criada à sombra de uma união estável, e de que tenha resultado a formação de um patrimônio comum. Há que se ressaltar a diferença fundamental entre as relações nascidas de um concubinato e as que se irradiam de uma sociedade de fato, que pode muito bem existir sem que os seus integrantes sejam necessariamente concubinos. As relações pertinentes a essa figura, de conotação sócio-condomínial, são relações de direito comum, sujeitas, portanto, às regras do direito comum, e que não interessam nem ao direito de família nem ao direito sucessório. Mas como são relações jurídicas entre os integrantes de uma união estável, o legislador preferiu incluí-las no diploma que trata do assunto. Mas fê-lo incorretamente.

21. É certo que a denominada sociedade de fato existe, com muita frequência, nas situações de concubinato, principalmente nas de concubinato estabilizado. Mas não é raro que esse agrupamento se concretize entre parentes, ou amigos, simplesmente. A dissolução dessas sociedades, tanto a dissolução *inter vivos* quan-

to a *causa mortis*, qualquer que seja o relacionamento entre os respectivos participantes, é de ser resolvida, sempre, no juízo cível através do reembolso do capital que toca a cada sócio na partilha dos bens comuns, e que não tem de ser necessariamente paritária: no processo de dissolução o juiz terá de conhecer a exata contribuição de cada sócio na formação do patrimônio comum, reembolsando-o de sua quota-parte.

22. Mas sucede que a Lei nº 8.971 (artigo 3º) apenas regulou a dissolução *causa mortis* de uma sociedade de fato nascida de uma união estável, atribuindo ao concubino supérstite o direito de haver a metade dos bens inventariados independentemente da exata grandeza de sua contribuição para a formação do patrimônio comum, contribuição essa, que pode ter sido mínima e insignificante. Se uma sociedade também de fato, e também dissolvida *causa mortis*, agrupasse amigos, ou irmãos ou mesmo cônjuges, a sentença que viesse a liquidar os haveres do supérstite teria de observar criteriosamente a sua efetiva contribuição para a formação do capital comunitário, o excedente pertencendo, de direito, aos herdeiros do parceiro falecido.

23. Acontece que a Lei nº 8.971 não previu que a dissolução *inter vivos* da união estável vai muito provavelmente acarretar a dissolução da sociedade que os concubinos vinham mantendo sobre determinado patrimônio, e que terá de ser resolvida, não de acordo com a regra caridosa inserida no artigo 3º, mas segundo a norma do artigo 673 do antigo Código de Processo Civil, mantido em vigor por força do artigo 1.218 do Código de Processo Civil vigente, e segundo a qual “não havendo contrato ou

instrumento de constituição de sociedade, que regule os direitos e obrigações dos sócios, a dissolução judicial será requerida pela forma do processo ordinário e a liquidação far-se-á pelo modo estabelecido para a liquidação das sentenças”.

24. Parece óbvio, assim, que serão radicalmente distintas as regras que vão orientar a dissolução desse tipo de sociedade de fato. Na dissolução *inter vivos*, serão apurados os haveres de cada sócio no patrimônio comum, observando-se a contribuição de cada qual para a formação do capital societário. Mas na dissolução *causa mortis*, é de se aplicar a regra inserta no artigo 3º da Lei nº 8.971, atribuindo-se ao concubino supérstite que houver contribuído para a construção do patrimônio do *de cujus* — e sem que se leve em conta o montante dessa contribuição — a metade dos haveres inventariados.

25. De qualquer forma, e em qualquer dos casos, a liquidação da comunhão terá de ser precedida de uma avaliação cuidadosa das provas tendentes a demonstrar a existência da sociedade e, no caso de dissolução *causa mortis*, a participação do sobrevivente na formação do patrimônio societário, o que afasta do juízo sucessório a competência para decidir a matéria, segundo a determinação do artigo 984 do Código de Processo Civil.

Assim, é possível que o início de aplicação da Lei nº 8.971 seja extremamente tormentoso. O zelo dos tribunais no aferir com muita cautela os casos de efetiva caracterização da chamada união estável pode assegurar o clima de tranquilidade de que vai carecer o novo diploma.