

®BuscaLegis.ccj.ufsc.br

REVISTA N.º 33

Ano 17, dezembro de 1996 - p. 78-86

União Estável conforme a Lei nº 9.278/96: questão pessoal ou constitucional?

Renata Raupp Gomes (*)

Plano Sumário: INTRODUÇÃO. I- DA UNIÃO ESTÁVEL. II- CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. III- PENSÃO ALIMENTÍCIA ENTRE CONVIVENTES. IV- CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. V- A REVOGAÇÃO PARCIAL DA LEI ESPECÍFICA Nº 8.971/94. CONSIDERAÇÕES FINAIS: a) Direito como sistema social lógico; b) Ajuste da ordem legal às exigências da transformação social.

INTRODUÇÃO

A perspectiva deste ensaio, desprovido de maiores preocupações epistemológicas mas com uma visão pragmática, é, em um primeiro momento, um resgate da família no mundo jurídico e o despertar de um sono histórico a que foi submetida por algum tempo.

Em um segundo e mais específico plano, anseia-se, neste período fortemente criativo do direito, levantar questionamentos acerca do mais recente avanço em matéria de direito de família: o casamento "alternativo" ou "informal", instituído pela Lei 9.278, de 10.5.96.

A relevância deste Diploma traduz-se na ousadia com que o legislador ordinário enfrentou a tarefa proposta pela nossa Carta Magna e instalou, em definitivo, novo paradigma, certo de que o declínio de alguns valores, abandono de conceitos, reformulação e surgimento de outros tantos refletem mais fielmente a realidade social contemporânea.

A edição da Lei de dez de maio passado estabeleceu, assim, o protótipo de família, baseado na união estável, ao regulamentar o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, adotando, surpreendentemente, uma estrutura bastante flexível e abrangente para a sua conceituação.

A abordagem didática com o tema, ao longo da explanação, procurou ressaltar os aspectos mais polêmicos da Lei e, ambiciosamente, formular algumas respostas que, embora provisórias, contribuam como ponto de partida a futuros estudos, além de consistirem comentários aos artigos, de modo a facilitar sua compreensão global.

I- DA UNIÃO ESTÁVEL

A célula familiar constitui-se, não só pelo casamento, dito legítimo, mas também, pela constitucionalmente denominada união estável entre homem e mulher que, especialmente após a Lei 9.278/96, passa a usufruir dos mesmos direitos básicos garantidos às pessoas casadas. O tema família, então, há de ser interpretado sob uma ótica mais ampla e democrática.

Art. 1º - É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura pública e contínua, de um homem e uma mulher estabelecida com objetivo de constituição de família.

Totalmente divorciado da previsão contida na Lei 8.971/94 (que estipulava prazo mínimo de cinco anos ou existência de filhos comuns) este diploma legal, prescindindo de qualquer referência a prazo ou outra condição objetiva, privilegia o *animus* das pessoas envolvidas na relação em constituir família. Assim é que se credita ao magistrado, no julgamento do caso concreto, formar sua convicção tendo muito mais em conta a qualidade da convivência do que propriamente sua quantidade.

Muito se discute este artigo, pelo fato de o mesmo dar margens a que um simples namoro venha a ser entendido como união estável ou convivência, nos termos do referido texto (1); contudo, chegar-se a tal absurdo seria, de forma indireta, questionar o próprio bom senso dos aplicadores da lei e, ao mesmo tempo, ignorar todo o trabalho dos doutrinadores e juristas em geral que se ocupam, da promulgação ao estudo da presente Lei.

Evidentemente, a liberdade do julgador em reconhecer a convivência não se tornou ilimitada, como pretendem alguns; antes, porém, encontra-se adstrita à intenção da própria gênese da família, sensível avanço em relação à Lei anterior ou, pelo menos, não tão suscetível a irreparáveis contradições. Paralelamente a toda subjetividade que envolve o ânimo ou não, das partes em originar uma família, tem-se concretamente, por razões óbvias, elementos objetivos que, certamente, servirão para descaracterizar algumas uniões de fato como, por exemplo, a que se desenvolve entre duas pessoas, quando uma, ou ambas, possuem outra família regularmente constituída e mantida (adultério), posto que, entre nós, vigora o paradigma jurídico da família monogâmica (2).

Do art. 2º depreende-se que, tal como os cônjuges, os conviventes deverão pautar sua conduta conforme deveres e direitos enumerados pelo legislador sem, entretanto, estarem sujeitos a qualquer tipo de punição expressa pelo descompasso a este preceito. Assim, muito mais do que "sugestões" ou "conselhos", a Lei traça elementos objetivos para se averiguar a seriedade de intenções das partes, constituindo, seu desatendimento, quebra dos deveres da convivência (e, conforme veremos adiante, a perda de algumas vantagens legais ou contratuais).

Analisando este mesmo dispositivo, alguns juristas aventam a hipótese de estar suprimido o dever de fidelidade recíproca e de coabitação entre os companheiros. Tal entendimento se mostra muito perigoso, para não dizer equivocado, tendo-se em vista que a fidelidade, a exclusividade das relações sexuais entre os cônjuges e, agora, entre os companheiros é a viga mestra da construção do conceito de família, não só no Brasil, mas em toda a cultura ocidental. Como sustentar, por exemplo, a presunção de filiação atribuída ao marido, ou companheiro, sem o amparo da fidelidade pressuposta? Desta forma, o intento de constituir família, ao menos até o presente momento, não se desvincula da idéia de "exclusividade", "fidelidade" (3).

A convivência sob um só teto deve ser entendida qual uma opção das partes, posto que, pelo costume, este dever foi, aos poucos, flexibilizando-se até formar jurisprudência bastante segura no sentido de não mais ser fundamental aos cônjuges (e aos conviventes) a coabitação, desde que não prejudicado o relacionamento sexual e afetivo do casal. Porém, em sede de vivência comum e, especialmente, a falta de prova documental (contrato), a coabitação representará forte indício revelador da seriedade de intenções dos companheiros.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Os dois artigos vetados davam tratamento detalhado ao contrato de convivência, dispondo que as partes poderiam, por intermédio deste, regular não apenas direitos patrimoniais, como também, estabelecer direitos e deveres outros, afora os já previstos na Lei.

Dispunha, igualmente, a averbação do referido contrato no Registro Civil e no Registro Imobiliário para que, satisfeito o requisito da publicidade, o mesmo pudesse tornar-se *erga omnes*.

Sem dúvida, o veto presidencial traduziu o medo de que a presente Lei fosse a responsável pela criação do casamento contratual ou de 2º grau, o que causaria, como de fato causou, reação não só da Igreja, mas de toda uma camada conservadora da sociedade, pois, não obstante terem sido vetados tais dispositivos, o princípio do contrato de convivência ou do casamento contratual permeia todo o corpo da Lei explícita ou implicitamente.

Ainda que tais artigos tenham sido vetados, mais do que nunca, torna-se aconselhável aos conviventes regularem suas relações, especialmente as patrimoniais, por meio de contrato, que, embora não oponível a terceiros, sem dúvida, valerá entre as partes que o firmarem.

De grande relevância, o contrato escrito de vida em comum, há de ser levado ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos, já que a situação de convivência exige prova segura (4).

II- CONTRATO DE CONVIVÊNCIA

A redação do artigo 5º comprova a afirmativa feita em parágrafo anterior, ressaltando a necessidade em proceder-se a um pacto de convivência, caso não desejem, as partes, submeterem-se à regra geral. Comparado por doutrinadores ao pacto antenupcial (contrato de natureza solene entre os futuros cônjuges, hábil a regular o disciplinamento patrimonial do casamento), o contrato previsto na Lei, salvo melhor juízo, guarda mais diferença do que semelhança do citado instrumento, uma vez que pode ser feito na constância da união (e não necessariamente antes), por escrito particular, instituindo qualquer tipo de regramento ou destinação que queiram os conviventes dar aos bens, não limitado a um dos quatro regimes de bens regulados pelo Código Civil. Outro ponto bastante controvertido é que na prática deverá causar algumas dificuldades ao julgador, no respeito ao conteúdo propriamente dito das estipulações pactuadas entre os companheiros. Não se pense ingenuamente que será incomum cláusula que preveja a renúncia recíproca e antecipada dos direitos consagrados na presente Lei e assentados na jurisprudência, exemplificativamente, a pensão alimentícia, o direito sucessório e outros.

Neste sentido é a preocupação do jurista Segismundo Gontijo, quando examina o caráter contratual destas relações:

Repito que a grande dúvida contratual residirá, até que a jurisprudência assente a respeito, quanto aos que serão os limites dessa liberdade convencional e até onde o Estado poderá interferir e inibir os direitos individuais de cidadãos maiores e capazes, que optam pela união livre exatamente por discordarem dos rigores dos direitos e deveres do casamento (5).

Ainda a respeito do pacto de convivência, questiona-se também o referido autor sobre a validade de

cláusulas de renúncia antecipada dos direitos previstos na presente Lei, como mencionado em outra ocasião.

A resposta a este impasse emerge, à medida em que se define qual a natureza jurídica que deve revestir este tipo de união atualmente, ou seja, a união estável passou a ser uma instituição tal qual o casamento, ou continua a merecer tratamento eminentemente negocial?

Afigura-nos, como tendência crescente do direito pátrio, a institucionalização da união estável ou da convivência, quer por sua inserção em nível constitucional como entidade familiar, quer pelo próprio *status* jurídico por esta alcançado, com a promulgação da Lei em questão, sendo, conseqüentemente, matéria de interesse público, tanto quanto o casamento.

No que se refere à administração dos bens comuns, tem-se que, salvo estipulação contratual em contrário, esta exerce-se-á conjuntamente, ou seja, a cargo de ambos os cônjuges, ainda que não simultaneamente. Todavia, como não se trata de casamento, nada impede que o companheiro que possua bem imóvel em seu nome, ainda que se trate de aqüesto, proceda à venda do mesmo, independente de autorização do outro, que por força de lei, possui metade ideal do citado bem. Ademais, sem a averbação do respectivo contrato no registro imobiliário e, portanto, sem a devida publicidade das regras norteadoras da referida convivência, fica prejudicada a segurança de terceiro, que negocia com somente um dos conviventes, bem imóvel, relativo ao patrimônio comum.

III- PENSÃO ALIMENTÍCIA ENTRE CONVIVENTES

Art. 7º - Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei, será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar a título de alimentos.

De redação um pouco imprecisa, este artigo pode trazer a impressão de que a obrigação alimentar prescinde da verificação de inocência. Contudo, este era o complemento do artigo anterior (vetado), que previa as formas de desconstituição da convivência: por vontade das partes (consensual), por rescisão (quando havia quebra dos deveres de convivência) e por morte. Assim, quando no art. 7º o legislador fala em necessidade, subentende-se que este se refere ao convivente inocente, ou seja, o que não deu causa à rescisão, ainda que seja o que tenha tomado a iniciativa desta.

Seria inconcebível, enfim, que em matéria alimentar, a lei reservasse aos conviventes uma obrigação incondicional, quando aos cônjuges ainda é exigida, além da necessidade, a inocência (6), isto é, a conduta pautada pelos deveres recíprocos pertinentes ao casamento e, agora, à convivência.

Conseqüentemente, o companheiro que não estiver com a guarda do filho, torna-se devedor de alimentos a este, independente de sua conduta na desconstituição da relação de convivência. (regra que se encontra presente na própria Lei em questão, art. 2º).

IV- DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

Art. 8º - Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da sua união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Novamente uma série de indagações decorrem da objetividade da lei. Para converter a união estável

em casamento será suficiente um simples requerimento, sem o processo de habilitação previsto no Código Civil? Caso a resposta seja afirmativa, chega-se à conclusão de que os impedimentos matrimoniais simplesmente inexisteriam na prática, pois bastaria um período qualquer de convivência, que sua conversão mediante requerimento seria deferida, encontrando, assim, os legalmente impedidos de casar, um atalho bastante conveniente.

Acredita-se, por esta razão, que o deferimento da conversão condiciona-se à verificação dos impedimentos legais, ou seja, da habilitação, conforme as regras do Diploma Civil em vigor, ainda que os conviventes possam suprimir a parte relativa à celebração do casamento, na sua concepção clássica.

Mas, persistem algumas dúvidas quanto à conversão da união em casamento, particularmente, no que tange às relações patrimoniais entre os futuros cônjuges como, por exemplo: a) havendo contrato de convivência, estipulando um regime diferente da comunhão parcial, este terá validade de pacto antenupcial? b) os efeitos desta conversão retroagem à data de início da união e, ainda, poderá o pacto antenupcial retroagir quanto aos bens adquiridos durante o convívio dos futuros cônjuges?

Certamente as Varas de Família (competência firmada pelo art. 9º da Lei nº 9.278/96), assim como os Tribunais, terão a árdua tarefa de dar coerência e sistematicidade a este e outros preceitos da Lei (7).

V- A REVOGAÇÃO PARCIAL DA LEI 8.971/94

Para um grande número de estudiosos há a vigência simultânea das duas leis que se destinam a regular a união estável, sob o argumento de que um tipo de união seria considerado concubinato e estaria sujeito à Lei 8.971/94 e outro, convivência, sujeito à Lei 9.278/96.

O parágrafo 3º, do art. 226 da Constituição, que proclama estar a união estável sob a proteção do Estado, atribuindo ao concubinato o *status* de entidade familiar, teve, assim, duas leis que lhe regulamentaram os efeitos, uma atribuindo direitos sucessórios e alimentícios a uma espécie de conviventes e outra atribuindo direitos de natureza diversa a outra condição de companheiros (8).

No entanto, é claro o último dispositivo da Lei 9.278/96 (art. 11º), quando revoga as disposições contrárias, residindo toda a resistência oposta pela doutrina na dificuldade em conceder a estabilidade de uma união sem o requisito temporal, o elemento objetivo.

A Lei 9.278/96, destinada a regulamentar a previsão constitucional da união estável da mesma forma que a própria Constituição, absteve-se de caracterizar rigidamente o que seja união estável, sob pena de, a partir de então, passarem a existir inúmeras uniões de formas diversas: algumas que se encaixariam plenamente na previsão legal, outras só parcialmente e, outras, ainda, totalmente à margem desta.

Acredita-se, pois, que a vontade do legislador ordinário não foi a de criar uma nova espécie de relacionamento legal e, sim, revogar as disposições da Lei 8.971/94, que forneciam elementos estáticos para a definição de união estável (5 anos de duração ou filhos comuns), impedindo aos julgadores qualquer exame de índole subjetiva. Conseqüentemente, há a convivência entre as referidas Leis, somente naquilo em que a última não regulamentou de maneira contrária ou se omitiu em regulamentar.

Sobre este princípio, aliás, ensina Maria Helena Diniz (9):

A norma de direito pode ter vigência para o futuro sem prazo determinado, durando até que seja modificada ou revogada por outra. Trata-se do *princípio de continuidade* que assim se enuncia: não se destinando à vigência temporária, a norma estará em vigor enquanto não surgir outra que a altere ou revogue (LICC, art. 2º). Contudo, as normas só podem ser revogadas por outras da mesma hierarquia ou de hierarquia superior.

E pouco adiante conclui, ao asseverar que a revogação será "*tácita* quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular inteiramente a matéria tratada pela anterior (LICC, art. 2º, § 2º)".

A Lei nº 9.278, de 1996, tem vigência imediata. Do ponto de vista de seu conteúdo material, é aplicável para os casos posteriores à sua publicação, conforme dispõe o seu artigo 10. No que se refere ao seu caráter processual, vigora desde logo, inclusive para os casos pendentes, obedecendo ao princípio de ordem pública (10).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande inovação, como se vê, não está no conteúdo exato dos preceitos da Lei, que basicamente juridicizou uma prática social corriqueira, mas, sim, na introdução de mecanismos que possam torná-la responsável e séria. O direito, afirmava André Hauriou, constitui-se num organismo vivo, no qual se produzem combinações de natureza prática (11).

O presente estudo, de efeito reflexivo, longe de esgotar o tema que, além de novo é por demais abrangente, constitui-se no desejo de socializar algumas das idéias, surgidas especialmente em nível doutrinário.

a) Direito como sistema social lógico

A união estável, fruto da conquista da sociedade, caracteriza-se, presentemente, como uma espécie de casamento por contrato (tácito ou expresso) e se fortalece como alternativa ao casamento civil: caro, burocratizado e extremamente formal em sua constituição e desconstituição. No mundo moderno, "cada casal tem de criar seu próprio modelo de vida, de amor e de solidariedade. O modelo único e tradicional de união entre homem e mulher acabou nos anos 70" (12).

Necessitava-se, pois, de um impacto renovador dentro do próprio Direito Constitucional, projetando outra visão da família, não permitindo que o Estado continuasse a asfixiar o fluxo das transformações sociais, pois era crescente o número de pessoas que viviam juntas sem vínculo formal.

E o primeiro passo nesta direção foi dado pela Constituição Federal de 1988, que ao lado da família constituída pelo casamento, reconhece aquela, oriunda da união estável. As leis ordinárias posteriores (Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96) devem ser interpretadas como consolidadoras deste novo paradigma jurídico-familiar, construído a partir da realidade factual das relações em família.

b) Ajuste da ordem legal às exigências da transformação social

A família atual, muito mais do que seus aspectos formais, prima por requisitos eminentemente

subjetivos, quais sejam, o amor, a soliedariedade familiar e, sobretudo, a plena realização da afetividade dos que a integram.

É para este norte que se devem orientar a doutrina e a jurisprudência, na tentativa de administrar os possíveis conflitos resultantes da união estável, conscientes de que não se deve retroceder e sim buscar soluções a problemas, ainda não formulados, como uma antecipação ao que está por vir.

Ainda dentro desta perspectiva, uma nova mentalidade é reclamada para que melhor se atendam aos anseios da sociedade, notadamente por parte do Judiciário, por vezes retrógrado, hermético e centralizador, que deverá preencher o vácuo existente entre a legislação e o contexto social, frente às exitações que surgirão.

Convém lembrar, em arremate, que cumpre ao Estado, por imposição constitucional, e até por seu *jus imperium*, dar especial proteção à família, em sua acepção mais ampla, através de uma legislação adequada e bem interpretada pelos pretórios, para que todos possam conviver com dignidade. Só assim o direito de família brasileiro estará aparelhado para acompanhar a evolução científica e as necessidades de uma sociedade atual.

NOTAS:

(*) Professora familiarista do Curso de Direito da UFSC e da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina. Tem publicado artigos específicos de Direito de Família, em periódicos técnicos especializados.

(1) O juiz Euclides Benedito de Oliveira, do 2º TACSP, conceitua união estável "como a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família" (*In Tribuna da Magistratura. Caderno de Doutrina. Junho/96, p.23*).

(2) Com relação à separação de fato das partes preexistente ao convívio, da interpretação do referido dispositivo tem-se como possível o reconhecimento da convivência, segundo alguns requisitos, entendendo-se coerente com a intenção de constituição da família, ainda que inexistente a separação judicial.

(3) Sobre o conjunto do assunto, consulte-se artigo publicado na Folha de São Paulo, de 1º.6.96, de autoria de Rodrigo Cunha Pereira, Professor de Direito de Família da PUC-MG, intitulado *É necessário ser fiel?*.

(4) Walter Ceneviva, em *Fim do Casamento* (Folha de São Paulo, 18.5.96, p. 3-2), sustenta ser imprescindível o contrato escrito entre os companheiros, para determinarem o que for de seu interesse.

(5) GONTIJO, Sejismundo. *Dos atuais tipos de união e das sociedades decorrentes*. Encarte do jornal do magistrado, maio/96, nº 35.

(6) É imprescindível acentuar que tal sanção não é aplicada aos filhos comuns, nem repercutem em hipótese alguma na obrigação de sustento de ambos os genitores, pois aos filhos o encargo alimentar tem como fundamento jurídico o parentesco, sendo, portanto, um direito personalíssimo e irrenunciável.

(7) As questões fáticas desafiarão a argúcia dos Tribunais e, daqui a uns bons anos, por certo, consolidar-se-á um entendimento homogêneo e definitivo: (*Vide*, v.g., as dúvidas que a aplicação da nova Lei já vêm suscitando: *Diário Catarinense*: 12.5.96, p. 49 e de 21.7.96, ps. 8/9; *Folha de São Paulo*, 11.8.96, p. 2-5). Por outro lado, não obstante o conservadorismo do direito de família no Código Civil, como também de seu novo projeto, que ora se encontra em silenciosa discussão, grupo de juristas, presidido pelo Prof^o Arnaldo Wald e nomeado pelo Ministro da Justiça, Nelson Jobim, já estuda como mudar a recente Lei nº 9.278/96 (Cf. *Folha de São Paulo*, 10.8.96, p. 3-2 e de 11.8.96, p. 2-6);

(8) RODRIGUES, Silvio. *Concubinato - Lei Nova*. *Folha de São Paulo*, em 06.7.96, p. 3-3;

(9) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Ed. Saraiva. 1º Vol. 1982, p. 63;

(10) Esta interessante questão vem examinada pelo 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, nos Embargos Infringentes nº 33/95, Rel. Des. Humberto Mannes, conforme ADV, Informativo Semanal 12/96, p. 125. *Vide*, também, na mesma direção, Maria Helena Diniz, ob prec., p. 64/65.

(11) HAURIOU, André. *Droit Administratif*. Précis Dalloz, p.7;

(12) MATARAZZO, Maria Helena. *Encontros. Desencontros e Reencontros*. In *Folha de São Paulo*. 04.8.96, p. 3-3.