

UNIÃO ESTÁVEL: Natureza jurídica e conseqüências

SÉRGIO GILBERTO PORTO

Professor nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da PUCRS —
Professor nas Escolas Superiores da Magistratura e Ministério Público —
Procurador de Justiça

A apresentação e tramitação de projetos de lei¹ perante a Câmara dos Deputados, cujo objetivo é oferecer, em nível de legislação ordinária, regulamentação ao instituto da união estável traz à ordem do dia, mais uma vez, a pertinência da retomada do debate em torno da questão.

Com efeito, vários juristas já se pronunciaram em torno da necessidade de regulamentação pelo legislador ordinário do instituto,² bem como outros tantos esposam entendimento contrário.³ Contudo, passível de identificação a clara tendência da idéia de que o referido instituto carece de regulamentação, situação que passou a merecer destaque especial após contundente afirmação de Yussef Said Cahali⁴ de que interpretar o exato sentido do teor da norma constante do § 3.º do art. 226 da CF, se constitui num verdadeiro desafio para os juristas brasileiros, eis que impossível compreender, com segurança, o real significado da frase “Para efeito da proteção do Estado”, integrante do referido dispositivo.

A partir destas constatações, impulsionado pelo I Encontro Sul-Americano das Comissões de Estudo do Direito de Família⁵ nos animamos a retomar o assunto para reafirmar posição já difundida⁶ de que efetiva-

1. No que nos foi dado pesquisar identificamos a existência de 4 projetos que tramitam na Câmara dos Deputados e que levam os ns. 5.119/90 do Dep. Jorge Arbage, 213/91 de autoria do Dep. Roberto Jefferson, 221/91 de autoria do Dep. Costa Ferreira e o 1.888/91 de autoria da Dep. Beth Azize.

2. Yussef Said Cahali, conforme conferência proferida no II Simpósio Brasileiro de Direito Civil e Processual Civil, POA/RS, 4 a 6.6.92, ESA/IEJ. Maria Helena Diniz, in *Norma Constitucional e seus Efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 28. Araken de Assis, in *Locação e Despejo*, SAFE, POA, 1992, p. 25. Humberto Theodoro Júnior, in “A Nova Constituição e o Direito Civil”, *Revista Jurídica* 148/5. Mário Aguiar Moura, in “O Concubinato e a Nova Constituição”, *Revista Jurídica* 137/5.

3. Sérgio Gischkow Pereira, in “A União Estável e os Alimentos”, *Ajuris* 49/38. Rejane Brasil Filippi, in “O Concubinato após a nova Constituição Federal”, *Ajuris* 51/167.

4. II Simpósio Brasileiro de Direito Civil e Processual Civil, IEJ/ESA, POA/RS, 4 a 6.6.92.

5. POA/RS/BR, outubro/92.

6. *Doutrina e Prática dos Alimentos*, Aide ed., Rio, 2.ª ed. 1991 e “Da União Estável e dos alimentos à concubina”, *Ajuris* 47/133.

mente o instituto jurídico da união estável necessita de regulamentação; porém, desta feita, expressaremos opinião com a determinação específica de esclarecer, o quê, a nosso sentir, deva ser regulamentado.

Assim, de logo, nos apressamos a externar preocupação ao proceder análise de alguns projetos de lei e constatar que, em certa medida, a união estável está sendo tratada como se casamento fosse, quando, na verdade, se constitui em instituto jurídico apenas assemelhado ao casamento nas conseqüências e não idêntico a este.

Efetivamente, desde a essência os institutos jurídicos do casamento e da união estável diferem. Com efeito, releva notar que quanto à natureza jurídica do casamento está, de muito, inclinada a doutrina⁷ a defini-lo como um contrato. É verdade, que um contrato especialíssimo, na medida em que envolve a também especialíssima relação jurídica matrimonial. Contudo, forçoso admitir que no casamento existem ajustes prévios, onde, inclusive, são discutidas cláusulas de natureza exclusivamente patrimonial, v.g., a definição do regime de bens através de pacto antenupcial, circunstância que, indudiosamente, em nosso sentir, define sua natureza jurídica como sendo este um contrato.

A união estável, de sua parte, não é um contrato, na medida em que para sua ocorrência não se exige a formalização de qualquer ajuste prévio; ela, em verdade, apenas acontece na roda viva da existência. E por acontecer é um fato, tal qual a posse, daí ter sua natureza jurídica definida como um fato. E é um fato capaz de produzir conseqüências jurídicas, pois faz nascer entre seus integrantes um vínculo definido pelo jurista como relação jurídica de Direito Material, projetando para além do imediato conseqüências e são estas e apenas estas que devem ser regulamentadas.

Realmente, se de um lado o casamento é um contrato e, de outro, a união estável é um fato, as conseqüências de um e outro podem ser assemelhadas mas jamais idênticas, muito embora sejam ambas formas legítimas de constituição da família. De outro giro, tanto são institutos diferentes que convém esclarecer que o legislador constituinte permite a transformação da união estável em casamento, sendo este a maneira formal de se constituir família, através de ajustes prévios, proclamas e todos os demais ritos de passagem. Já aquela representa a maneira informal de constituir legitimamente esta mesma família, uma vez que para a sua existência não se impõe todos os ritos de passagem prévios e indeclináveis à caracterização do casamento, eis que esta é fato.

Sendo, pois, a união estável a maneira desinformalizada de se constituir legitimamente a família, não pode e não deve a lei ordinária regulamentar a sua caracterização, nem mesmo estabelecer determinados requisitos prévios, uma vez que quem pretende ou aceita se unir de forma estável, não pode ou não está disposto a se submeter ao procedimento prévio de habilitação ao casamento e, nesta medida, por conseqüência lógica, não deve ter sobre si o mesmo peso da filtragem de quem pretende convolar núpcias, até mesmo porque sendo institutos de natureza jurídica diversa não gera-

7. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil, Direito de Família*, Saraiva, v. 6. Clóvis Beviláqua, *Código Civil do EUB*, ed. Rio, edição histórica, *passim*. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v. V, Forense, Rio.

rão conseqüências totalmente idênticas, portanto não há que se impor todos os deveres do casamento aos integrantes de união estável, sejam estes pessoais ou patrimoniais.

Nesta medida e fiel ao propósito de que apenas as conseqüências devam ser regulamentadas, não cabendo, pois, ao legislador ordinário definir objetivamente, requisito por requisito, através de uma matriz legal, o quê deva ser considerado união estável, entendemos, no entanto, que um norte deva ser fixado e este estaria representado pelas características da vocação de permanência e comunhão de vida e de interesses. Efetivamente, havendo por parte dos integrantes de uma união a vontade de que esta venha a ser duradoura e também a firme determinação de que existe uma alma coletiva, um ideal coletivo que não representa a vontade individual de um dos integrantes do casal, mas sim um verdadeiro desejo representado pela soma da vontade dos integrantes desta união, aí pouco importa se a união existe a um ou a cinco anos, se o casal mantém vida *more uxorio* ou não. Estes são detalhes do jogo da liberdade deste tipo de união que poderão estar presentes ou não, pois aquilo que realmente importa é o afeto e a vontade.

A partir dessas premissas básicas identificadoras da existência de união estável, os efeitos patrimoniais e pessoais devem ser expressados no texto legal, a fim de que todo aquele que integre uma união estável saiba, desde antes, seus direitos e deveres e não fique somente ao alvedrio de uma decisão judicial.

Desta forma, indeclinável que numa sociedade como a nossa, onde o ter é mais importante que o ser, em nível de efeitos patrimoniais, oportuno se regule o regime de bens dos integrantes de uma união estável, bem como a ordem de vocação hereditária. Assim, entendemos que o regime de bens deva ser o da comunhão parcial e devem os integrantes de uma união estável concorrer na ordem de vocação hereditária como se cônjuges fossem. Já sob a ótica de efeitos pessoais parece inquestionável a inclusão dos deveres de mútua assistência, eis que este é inerente à essência da caracterização da própria união, bem como o dever de fidelidade, em face da circunstância de que a formação cultural brasileira rejeitaria a ausência de tal compromisso. Recomendável também a possibilidade de adoção do patronímico e a possibilidade de adotar.

Por tudo, não recomendável a inclusão do dever de coabitação, uma vez que é dado sociológico que este dever é o verdadeiro terrorista do casamento e é aquele que, possivelmente, provoca o maior desgaste nas relações afetuosas. Em assim sendo e considerando especialmente que hoje há uma clara tendência dos casais em residirem em locais diferentes, preservando as respectivas intimidades, bem como levando em conta que a união estável é uma união informalizada, não há razão plausível para adoção de tal dever ou a inclusão deste dado como elemento caracterizador da existência da referida união.

De outro giro, oportuno o registro de que o reconhecimento e a dissolução se darão de forma voluntária ou forçada. O reconhecimento voluntário dar-se-á por declaração expressa do casal, a qual poderá ser efetivada por qualquer forma de publicização dos atos jurídicos (escritura

pública, contrato particular registrado no cartório de títulos e documentos etc.). Forçado, através de sentença a ser prolatada em ação declaratória (principal ou incidente) de reconhecimento de união estável, onde o juízo declarará existente relação jurídica decorrente do fato. A dissolução, de sua parte, deverá seguir idêntica regra. Eis, pois, as breves considerações que submetemos ao cenário jurídico, a fim de que a crítica avalie as ponderações e possamos, em conjunto, alcançar a melhor disciplina para o instituto.