

## **A união estável e a súmula nº 382/stf.**

FERNANDO MALHEIROS FILHO

*Advogado Especialista em Direito de Família no Rio Grande do Sul*

O instituto jurídico da união estável, cunhado e concebido pela Carta Política de 1988, desde seu nascedouro, nos moldes em que atualmente o conhecemos, revelou sua vocação para a polêmica, mercê dos critérios difusos que o entendimento pretoriano, e especialmente agora a lei, emprestaram à sua caracterização.

Como é da natureza dos fenômenos jurídicos com origem meramente factual e de relações continuativas, a dificuldade na delimitação de critérios objetivos é insuperável, e mais ainda evidente em se tratando de relacionamento humano, matizado pela diversidade de sexos, que pode surgir e vicejar em infinidade de situações, nem sempre distinguíveis à exatidão.

Diante dessa situação, até o momento, preferiu o legislador conferir à união estável uma regulamentação inespecífica, permitindo ampla elasticidade em sua interpretação, em que pese a jurisprudência, a quem cabe a última exegese caso a caso, venha se mostrando mais exigente, circunstância em que atua com inestimável correção e sabedoria.

Curiosamente, a mesma jurisprudência que pontificou o reconhecimento da sociedade de fato entre concubinos para fins patrimoniais já faz cerca de cinco decênios, assumindo a vanguarda do entendimento e solitariamente desfraldando sua bandeira, é aquela agora chamada a escoimar os abusos produzidos pela chamada indústria da união estável<sup>1</sup>, fruto justamente da vigente indefinição, deletéria consequência da falta de critérios facilmente identificáveis, configuradores da entidade familiar de que se reveste a união estável quando projetada a condição e ente jurídico.

A toda evidência, não se está a tratar, nem este rápido opúsculo dirige-se a tais situações, daqueles envoltos heterossexuais em que está indelevelmente presente o “*semimatrimonium vocatur*”, derivado de relacionamento prolongado, de vários lustros, com prole e constituição de patrimônio, onde é de evidência palmar a existência da entidade familiar e a correlata união estável.

Ocorre que os tempos e os costumes engendraram uma situação “*sui generis*”, específica, em que o aparentemente excessivo abrandamento nos critérios de configuração passou a permitir uma elasticidade na interpretação que empresta fumaça de união estável a uma diversidade de situações para as quais jamais antes se cogitou o enfrentamento da questão.

Considerando a volatilidade das relações humanas, presente o ancestral desejo de locupletação, avolumam-se no Poder Judiciário as pretensões

aforadas para resgatar efeitos de relacionamentos entre homem e mulher acontecidos nas situações mais variadas.

Aqui surge a pergunta fundamental: se ainda que difusamente é possível delimitar a união estável, quando ela se mostra sobeja e evidente, pois que critérios objetivos não existem ainda, qual é o momento em que o relacionamento entre homem e mulher perde as características iniciais de abordagem e namoro e passa a portar os elementos distintivos da união estável?

Esta questão é fundamental, e sob todos os aspectos, pois que nela encerra-se a solução do problema de existência ou inexistência da união estável, caso a caso, em que quase todas as demandas judiciais sobre a espécie enleiam-se, como também é para este momento, delimitado no tempo, que retroagem os efeitos do reconhecimento, notadamente os patrimoniais.

Nessa conturbada seara que é surgiu a discussão acerca da incidência da súmula n.º 382/STF, que predica ser dispensável à caracterização do concubinato a vida *more uxório* dos concubinos, cujo enunciado foi equivocadamente elevado à condição de licença do augusto SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL à existência da união estável sem a presença do requisito da coabitação.

Defendem os arautos da incidência do ventilado verbete n.º 382 ao tema da união estável que, sendo o entendimento pacificado no Sumo Pretório no sentido de que o concubinato advém da convivência habitual entre parceiros, sem vida em comum sob as mesmas telhas, que assim a união estável estaria legitimada para ser reconhecida entre parceiros ainda que desvinculados do elemento domiciliar. A solução pretendida explica-se no silogismo pelo qual **relacionamento sem coabitação é igual a concubinato que é igual a união estável!**

E, partindo-se de equivocada premissa, estaria aberta a porta para as mais variadas pretensões, deslocadas da verdadeira e única “*mens legis*” sobre o tema, que se situada no sentido da defesa da família e dos valores familiares, independentemente de sua origem, se formal ou informal, e não como instrumento de locupletação, por vezes até de extorsão.

O melhor entendimento do verbete n.º 382 passa pelo exame de suas origens jurisprudenciais. A referida súmula radica-se em acórdãos de dois recursos extraordinários, curiosamente separados no tempo por quase três décadas. Trata-se do RE n.º 2.004, de 6 de setembro de 1932, originário do Estado do Rio Grande do Sul, em que foi relator o então MINISTRO EDMUNDO LINS, e do RE n.º 49.212, de 14 de junho de 1962, com origem no Estado de Goiás, em que foi relator o MINISTRO RIBEIRO COSTA.

Ambos os arestos tratam de ações de investigação de paternidade onde se discutia a exata interpretação o vocábulo “concubinato”, inserida no I, do art. 363, do CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, que dá azo a investigação de paternidade, independentemente da exata prova das relações sexuais (CC, art.

363, II) sempre que a convivência habitual entre a mãe do investigante e o investigado, à época da concepção do primeiro, permita o surgimento da presunção da “*turbatio sanguinis*”, algo assemelhada a presunção de paternidade que o Código Civil fazia erigir em favor do filho outrora dito legítimo, havido na constância de uma sociedade conjugal, em relação ao marido de sua mãe (CC, art. 338).

A disputa sediava-se na exata compreensão do que significava o concubinato capaz de gerar a presunção a que se refere o CC, art. 363, I. Se bastava a freqüência recíproca dos amantes, a habitualidade, ainda que por pequeno lapso de tempo<sup>2</sup>, ou se esta forma de concubinato não prescindiria da vida em comum, *more uxorio*?

Situou-se o Supremo Tribunal Federal, em ambos os acórdãos já referidos, em época ademais que sequer cogitava-se da união estável nos termos e com a abrangência com que hoje a concebemos, que para o caso de investigação de paternidade era dispensável a vida *more uxorio* para caracterizar o concubinato, aquele que dá origem a presunção de paternidade que fomenta a respectiva ação investigatória.

A presunção oriunda do concubinato, alvo único e singular da súmula n.º 382, para fins de investigação de paternidade, era de relevância transcendente, pois em época em míngua de recursos científicos capazes de identificar com clareza a origem biológica da filiação, o concubinato fazia presumidas as relações sexuais, dispensando sua prova direta, sempre difícilíssima, tanto hoje como antanho<sup>3</sup>.

É no RE n.º 2.004/RS que o tema ganhou foros mais abrangentes, onde a discussão alcançou fundamentação variada em que, para bem de produzir a preconizada conceituação, foi alvitrado o emprego do vocábulo no Código Civil, que considera concubina aquela que recebe doação ou legado de doador ou testador casado (CC, art. 1.177 e 1.719, III) justamente para prescrever a nulidade de tais atos.

Ora se o Código Civil atribuição a denominação de concubina àquela mulher que mantém relacionamento com homem casado, é inquestionável que tem por concubinato não somente aquela relação diuturna, com coabitação, com aspecto e ânimo de família que caracteriza a união estável, mas a todos os relacionamentos heterossexuais que se encaixam no concubinato “*lato sensu*”<sup>4</sup>.

A solar evidência que deriva de tal constatação é que, havendo concubinato adúltero, tendo em um de seus pólos homem casado e na constância de sua sociedade conjugal, é imperioso reconhecer que o Código Civil, ao empregar a expressão concubinato, não quis restringi-lo às hipóteses mais limitadas do chamado concubinato estrito, mas ao concubinato “*lato sensu*”, que envolve todas as relações entre homem e mulher com alguma freqüência e

habitualidade, independentemente das condições fáticas em que o mesmo foi estabelecido, ou o estado civil de seus partícipes. Nesse sentido, o concubinato adúltero, apesar do adjetivo pejorativo e da evidente ausência de coabitação, concubinato também é.

A constatação resultante é de clareza meridiana, pois o enunciado sumular n.º 382 destinou-se ao concubinato no sentido lato amplo, e à presunção de paternidade que dele pode promanar, e não ao concubinato no sentido estrito ou qualificado, onde modernamente encaixa-se a união estável. Tal percepção teve-a MÁRIO AGUIAR MOURA, tratando justamente da ação de investigação de paternidade em seu “TRATADO PRÁTICO DA FILIAÇÃO”<sup>5</sup>.

Está, assim, escoimada a questão a licença perpetrada pelo augusto Supremo Tribunal Federal, de reconhecimento do concubinato, em casos tais, ainda que ausência a convivência *more uxório*, dirigia-se ao concubinato em sentido amplo, aquele que faz gerar a presunção “*juris tantum*” de paternidade, e não ao concubinato mais específico, estrito, onde presente o quase matrimônio — hoje, em certos aspectos, até além do matrimônio —, em que se insere a união estável.

Portanto, a aplicação da súmula n.º 382 deve ser afastada quanto em disputa tema de união estável, pois que esta guarda inconciliável diversidade com a intenção do efeito de uniformização que das súmulas resultam.

Afasta-se, pois, o efeito dirimente que a súmula impunha ao regime de coabitação em sede de concubinato quando o tema é união estável, pois a vida em comum, sob o mesmo teto, é o mais visível dos elementos constitutivos da união estável, obrigação legal aos casados, nos termos do CC, art. 231, I, que deve sempre inspirar o intérprete na averiguação de existência da união estável, espécie jurídica que não surgiu com força própria, mas tomando de empréstimo seu sucedâneo formal — o matrimônio —, no qual deve espelhar-se a bem configurar-se e de produzir efeitos.

É claro que ao eliminar um solução absoluta (a união estável não depende de coabitação) não se há de recair no absoluto contrário, ou seja, erigir a coabitação como condição “*sine qua non*”, em todos os casos, à união estável. Se é verdadeiro que, na imensa maioria das situações não se haverá de divisar união estável onde não está presente a coabitação, há exceções que justificam e dão plenitude à regra. Não se trata de abraçar o entendimento liberal, segundo o qual os padrões modernos de comportamento humano dispensam a coabitação como elemento constitutivo da família, pois nisso não há qualquer modernidade, considerando que os casais atuais que negam-se à coabitação, procuram justamente é evitar os efeitos que dela resultariam e, principalmente, manter a liberdade individual, a opção pela variedade sexual e de humores, absolutamente incompatível com a noção de família, onde todos cedem em nome da convivência e dos conhecidos benefícios que dela resulta.

Em se tratando de relacionamento humano é infinita de diversidade de situações que dele podem advir, mas se haverá de reconhecer união estável, atendendo ao seu espírito de emular o casamento, naqueles casos de ausência de coabitação se a mesma situação verificar-se-ia se os concubinos fossem casados, restringindo-se tais hipóteses àquelas em que por razões funcionais ou relevante impedimento, os consortes não puderem coabitar. Fara disso, “*data maxima venia*”, os concubinos não gozarão do “*status familiae*”, e eventuais pendências patrimoniais deverão ser resolvidas pelo Direito das Obrigações, como também passa com o concubinato adulterino, forte em alguma jurisprudência.

1. “*Não é e nunca foi machismo querer evitar uma verdadeira ‘indústria’ de alegadas uniões estáveis, o que só colaboraria para monetizar ainda mais as relações sociais, efeito nefasto do pós-moderno e do excesso do liberalismo econômico. Não é possível que homem e mulher não consigam mais se aproximar e conviver, por pouco tempo que seja, sem que os sentimentos e afetos sejam logo convertidos em pecúnia.*” (trecho do voto do eminente Des. Sérgio Gisckow Pereira, relator na AC nº 595160888, 8ª CCTJRGS, j. em 8.2.96, in RJTJRGS 175/719)

2. Pontes de Miranda refere que, para fins da presunção da “*turbatio sanguinis*”, bastaria um relacionamento de até quatro meses: “*CONCUBINATO — Concubinato é a união prolongada daqueles que não se acham vinculados por matrimônio válida ou putativo. Não há prazo fixo para se distinguirem o concubinato e a simples coabitação. Em todo o caso, usando da expressão ‘concubinato’, o Código Civil quis referir-se a união que durou quatro meses pelo menos, como se fôssem casados ou concubinados, isto é, posta de parte, por presunção, a suposição da turbatio sanguinis.*” (In Tratado de Direito Privado, Tomo IX, § 969, n. 3, p. 88)

3. É novamente a lição de Pontes de Miranda que ressalta a relevância da presunção que emana do CC, art. 363, I: “*Na ação de filiação ilegítima, é assaz importante a regra jurídica do art. 363, I, porque de certo modo se criou presunção quanto à paternidade, por ter existido, ao tempo da concepção, concubinato. Ao tempo da concepção existir concubinato é o mesmo que existindo concubinato, ter ocorrido durante êle, a concepção.*” (In Tratado de Direito Privado, Tomo IX, § 969, n. 3, p. 88)

4. “*E sentido lato, o concubinato representa qualquer união sexual, fora do casamento, menos estável. Está fora dela, é lógico, uma ou poucas relações sexuais ocasionais principalmente com prostitutas. Começa ganhar contornos de concubinato não qualificado uma certa continuidade na manutenção das relações sexuais, mas que, mesmo assim se mostram passageiras. Embora com relação ao fato não haja muita distinção do concubinato sem sentido próprio, pois ambos se denunciam como relações sexuais extramatrimoniais, no concubinato em sentido amplo não ocorre o estado de concubinato. Há o fato mais não há o estado. O concubinato simples dispensa a vida comum de habitação, leito e mesa. Não há uma ‘quoad thorum et habitationem’. Embora os amantes, na linguagem popular, mantenham a vontade de entreterem as relações sexuais, inexistente a ‘affectio societatis’ para uma união mais duradoura. Caracteriza-se mais como concubinação ou mancebia. Seu elemento fundamental é a reiteração, nem sempre muito prolongada, das relações sexuais. Os amantes vivem em casas separadas. As relações estabelecem-se através de visitas freqüentes, normalmente do homem à casa da mulher. Pode a mulher depender economicamente do homem, mas essa dependência não é assumida através da completa comunhão de interesses que forma. Realiza-se através de fornecimento de dinheiro ou mercadoria, pagamento de aluguel. Pouco importa que seja mais ou menos ostensivo. Via de regra, porém, somente aos vizinhos ou conhecidos bem chegados se denuncia. Não surge a grande aparência ‘more uxorio’. Não há, como dito, o estado permanente ou continuado da vivência a dois. Só em casos mais densos, é que os concubinos são vistos freqüentando os centros da vida social juntos. O elo é interrompido por vivências separadas. / O fato presta-se mais para fundar a ação de investigação de paternidade do que para a atribuição patrimonial ao concubino que não tenha os bens em seu nome exclusivo.*” (Mário Aguiar Moura, in Tratado Prático da Filiação, ed. Síntese, tomo 2, p. 153/154)

5. “A SÚMULA N.º 382 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal diferentemente tem conceituado o concubinato, conforme os efeitos jurídicos que dele extrai. Isso decorre da ausência de disciplina legal sobre ao assunto. Dissemos alhures por isso, que há concubinato e concubinato. Assim é que existem três súmulas a respeito do tema. Na súmula nº 35 está escrito: ‘Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio’. Já na súmula n.º 380 consta ‘Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum’. Finalmente, a súmula n.º 382 expressa: ‘A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato’. Pelo contexto da súmula por último transcrita, é de fácil percepção que ela define o concubinato em sentido amplo. A finalidade principal do conceito sumulado sob nº 382 é permitir a investigação de paternidade, com fulcro no inciso I do art. 363, do Código Civil. A cristalização do entendimento da súmula resultou de julgamento do Recurso Extraordinário n.º 2.004, oriundo do rio Grande do Sul.