

## **A Presunção Absoluta e Relativa no Esforço Comum para Aquisição Patrimonial na União Estável\***

Antônio Carlos Mathias Coltro  
Prof. de Direito Civil na PUC-S.Paulo  
Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de S.Paulo  
Membro da Academia Paulista de Magistrados  
Sócio do Instituto Brasileiro de Direito de Família  
Sócio-colaborador do Instituto dos Advogados de S.Paulo

SUMÁRIO - Introdução - A aplicação da norma constitucional - A L. 8.971/94 e a superveniência da L. 9.278/96 - A presunção a que se refere o art. 5º da L. 9.278, de 10 de maio de 1996.

### **Introdução**

*“Usos e costumes, por serem concretos, constituem lei mais forte do que a lei” (Carlos Drummond de Andrade)<sup>1</sup>.*

A partir da reflexão sobre outros costumes, tempos e hábitos e da necessidade de revisão dos conceitos até então admitidos, ainda que para tanto estabelecendo-se confronto entre convicções firmadas e considerada a circunstância de haver-se tornado imprescindível enxergar a família com moldura diversa da até então considerada<sup>2</sup>, impondo-se admitir que o seu próprio conceito “não se mantém estático” e vem “sofrendo a variedade de

---

\* Texto de Apoio a Exposição feita no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo Instituto brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, em Ouro Preto, MG, no período entre 24 e 27/10/1002

<sup>1</sup> O Averso das Coisas, Aforismos. Ed. Record, R.de Janeiro, 1987, p. 91

<sup>2</sup> Como posto por Luiz Edson Fachin, “O transcurso da história revela que a “realidade desmente o código”, e a lei se altera para incorporar novos valores, máxime os que decorrem do fenômeno da “repersonalização”. O encontro da identidade dos novos sujeitos e das situações antes colocadas à margem passa pela superação das regras de sua desqualificação e se choca com resistências diversas precisamente porque nos textos legais, do Código Civil ao Código Penal, a família patriarcal, hierarquizada e matrimonializada depositou aquilo que lhe parecia ser a sua própria identidade” (Contribuição Crítica à Teoria das Entidades Familiares, ps. 94/113, no Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, Ed.RT, S.Paulo, 1996, coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier e Alexandre Alves Lazzarini)

acepções, espaço e no tempo”, como escrito por Caio Mário da Silva PEREIRA <sup>3</sup>, preocupa-se o Constituinte de 1988 em firmar princípios novos e, que, da mesma maneira que os próprios fatos que indicaram sua necessidade, acabam por, ao mesmo tempo em que acalmam a insatisfação de alguns com o estado de coisas existente, causar indignação de outros, satisfeitos estes com uma estrutura familiar em que “o chefe exercia seus poderes sem qualquer objeção ou resistência, a tal extremo que se chegou a descrevê-la como a um agregado social constituído por um marido déspota, u’ a mulher submissa e filhos aterrados” <sup>4</sup> e não dispostos a aceitar que filho é filho e pouco importa, para a Lei, se os pais puderam tê-lo de forma natural ou precisaram socorrer-se da adoção ou de meios científicos para tanto, da mesma forma que enquanto alguns optam por casar-se, outros preferem seguir trilha em que não há moldura matrimonializada e na qual se insere tanto a união de fato entre homem e mulher, quanto a ligação livre e descompromissada, como também a própria monoparentalidade e tais circunstâncias da vida não podem ser desconsideradas pela sociedade e pelo legislador, com vistas à aferição sobre os efeitos decorrentes de tais opções de conduta.

Por conta dessa rotina de exceções em que a vida se constitui e seguindo a advertência de Eugen EHRLICH, dirigida a que o fundamental no desenvolvimento do direito reside *na própria sociedade* <sup>5</sup>, levando em conta, ademais, que a vida não para, a sociedade muda e tanto isto como a alteração do panorama social, ético e econômico devem orientar a legislação, preocupou-se o constituinte de 1988, no art. 226 e §§ da CF, em proteger a família de forma especial, tendo-a como base da sociedade e enlaçando na normatização a ela concernente, tanto o ente familiar decorrente do matrimônio, quanto o formado pelo homem e mulher que vivam em união de fato estável, além da “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, tratando as duas últimas como *entidades familiares*, eufemismo que foi objeto de crítica da doutrina, mesmo porque e de acordo por Semy GLANZ, “os parágrafos devem ser interpretados consoante o *caput*. Se

---

<sup>3</sup> *Direito Civil - Alguns Aspectos da sua Evolução*, Ed. Forense, R. de Janeiro, 2001, p. 169

<sup>4</sup> Orlando GOMES, *O Novo Direito de Família*, Sérgio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1984, p. 65

<sup>5</sup> *Fundamentos da Sociologia do Direito*, Cadernos da UNB, UNB, Brasília, trad. de Renê Ernani Gertz e rev. De Vamireh Chacon

este cuida da família, as diversas entidades dos parágrafos são também famílias”<sup>6</sup>, não se esquecendo o constituinte, outrossim, de reconhecer que “o planejamento familiar é livre decisão do casal” e atribuir ao Estado o dever de “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”, bem como afirmar que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. “A norma constitucional compreende tanto a família fundada no casamento como a união de fato (art. 226, § 3º, na família) e a natural assente no fato da procriação (art. 226, § 4º) e adotiva, todas as situações comunitárias análogas à família matrimonializada do ponto de vista sociológico”<sup>7</sup>.

De forma salutar e pese a crítica dos descontentes, evidencia-se a percepção de que a Constituição Federal reconheceu a inflexão sofrida pela família<sup>8</sup> no século anterior e às portas de um novo milênio e o fato de que “do ponto de vista sociológico inexiste um conceito unitário de família”, na sábia ressalva do Des. Francisco José Ferreira MUNIZ<sup>9</sup>, sendo necessária uma nova arquitetura legal, em que os princípios da dignidade humana e da cidadania fossem observados, não sendo possível “conviver com uma atitude de indiferença ou renúncia a uma posição avançada na inovação ou mesmo na revisão e superação dos conceitos”, na sempre acurada observação de Luiz Edson FACHIN<sup>10</sup>, recordando o Prof. Milton CAMPOS, para quem, “o tropel dos eventos desmente verdades

---

<sup>6</sup> Cf. Semy GLANZ, em *O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos*, RT, S.Paulo, 1992, p. 188

<sup>7</sup> José Francisco Ferreira MUNIZ, *Textos de Direito Civil*, Ed. Juruá, Curitiba, 1998, p. 88, n. 3

<sup>8</sup> “Pontos de inflexão são as grandes mudanças verificadas em determinadas áreas da atividade humana e que determina novo rumo, importando, quase sempre, uma verdadeira guinada na história...Um dos maiores pontos de inflexão do Direito de Família no Brasil foi assinalado a partir da Constituição de 1988, quando o conceito de família foi alterado profundamente, para acolher o instituto da união estável e da união entre pais e filhos como entidades familiares” (*Pontos de Inflexão na Evolução do Direito de Família*, Informativo da Ajuris - Artigos publicados na Gazeta Mercantil, Internet, Domingos dos Santos Bittencourt).

<sup>9</sup> *Textos de Direito Civil*, Ed. Juruá, Curitiba, 1998, ps. 95/116

<sup>10</sup> *Curso de Direito Civil - Elementos Críticos do Direito de Família*, Ed. Renovar, R. de Janeiro, 1999, p. 2

estabelecidas e desmancha o saber”, concluindo: “O ‘direito e o avesso’ se reconhecem como partícipes de uma mesma caminhada”<sup>11</sup>.

“A partir da institucionalização do matrimônio, - de muito advertira o Des. Edgard de Moura Bittencourt, com apoio em René Thery, - “o estudo do concubinato deveria inscrever-se no melhor plano de um programa de pesquisas de sociologia jurídica, pois conduzido a bom termo permitiria medir na realidade dos fatos a vitalidade de uma das instituições fundamentais: a família no casamento”<sup>12</sup>, principalmente em um país como o Brasil, em que “O modelo de família que o legislador teve em vista ao elaborar o Código Civil em sua *versão original*, traduz uma sociedade conjugal funcionalmente diferenciada e acentuadamente hierarquizada”<sup>13</sup>.

De um lado e se na linha adotada pelo Código Civil a família decorria do casamento, considerado por Pontes de MIRANDA como, “(...) a proteção, pelo direito, das uniões efetuadas conforme certas normas e formalidades fixadas nos Códigos Civis”<sup>14</sup> do outro não era possível negar a opção de muitos pela vida em comum fora do matrimônio, conseqüente de causas variadas, desde crenças religiosas, oposição da família ao casamento com determinada pessoa, impossibilidade - por razões várias - de separar-se do cônjuge para poder viver com outra pessoa, e a própria demora na regulamentação do divórcio etc.

Mesmo em face de tal realidade, contudo, “(...) o fato social das uniões livre não se apresenta com a nitidez de contornos, como se em todas elas houvesse uma família, à semelhança da legítima, criada pelo casamento. Ao contrário, de par com situações estáveis, há distorções e acintes aos índices éticos, que chegam a localizá-los no campo da própria criminologia. O fato social, que resulta do complexo desse fenômeno, obriga tanto seu conhecimento como sua discriminação para os efeitos de sanções diretas ou indiretas”<sup>15</sup>, levando o legislador, de forma tímida, todavia, a procurar estabelecer, em um ou outro aspecto, os direitos e limites a serem considerados para algumas situações envolvendo a união de fato, cabendo aos juízes e tribunais, na maior parte dos casos e segundo a maior ou

---

<sup>11</sup> *Loc. cit*

<sup>12</sup> *Concubinato, LEUD, S.Paulo, 1980, p. 1*

<sup>13</sup> *Francisco José Ferreira Muniz, Textos..., cit., p. 77*

<sup>14</sup> *Tratado de Direito Privado, RT, 1974, tomo 7, p. 199, § 764*

<sup>15</sup> *Moura Bittencourt, Concubinato, cit., p. 2.*

menor abertura de pensamento de cada julgador, fixar os princípios a serem considerados para a solução das hipóteses submetidas ao Judiciário, que passa atuar, assim, como um verdadeiro laboratório no exame das situações a ele submetidas e busca das soluções a ser impostas caso a caso, no cumprimento da exata “(...) posição do jurista - conforme, uma vez mais, Moura BITTENCOURT - : “apurar a conjuntura humana, porque nem sempre a natureza está disposta a obedecer a lei dos homens; pesquisar as conseqüências econômicas; usar os princípios racionais de uma moral, nem de tal forma superior que torne o direito obra ilusória ou cruel, bem tão inferior que se descambe na desagregação da família; enfim, dar às soluções o caráter de justa adequação à finalidade do direito. Então, o fenômeno da união livre encontrará no jurista seu mais autorizado crítico”<sup>16</sup>.

Assim, arremata o autor, “Do conjunto dos julgados que enfrentam a união livre, em linha mais ou menos constante de reconhecimento de efeitos positivos, brota verdadeira disciplina (...)”<sup>17</sup> tendente à regulamentação do concubinato e à própria aceitação de sua existência, pela sociedade, em um processo no qual “O juiz interpreta a consciência social e lhe dá efeito jurídico, mas, ao fazê-lo, auxilia a formação e modificação da consciência que interpreta. A descoberta e a criação reagem uma sobre a outra”, segundo a lição de Benjamin N. CARDOZO<sup>18</sup>, fazendo com que tanto o direito legislado se conforme aos caminhos que a vida apresenta, quanto a sociedade se conscientize da realidade do dia a dia.

Como resultado e “Com o desencadeamento dos rumos sociais do direito, a política legislativa enfrenta a realidade da união livre e sua extensão quantitativa, para outorgar-lhe efeitos jurídicos, não apenas na infortúnica, na previdência e no relacionamento das obrigações civis, como também no próprio direito sucessório, chegando mesmo a surgir propostas de quase consagração do concubinato”, sem que possa o legislador constituinte fechar os olhos para aquilo que a vida lhe apresenta e sendo obrigado a reconhecê-lo no próprio texto de 1988, afirmando, no *caput* do art. 226, que, se, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, para efeito dessa proteção, conforme o § 3º

---

<sup>16</sup> *Ob. ref.*, p. 10

<sup>17</sup> *Moura Bittencourt, op. cit.*, p. 11

<sup>18</sup> *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*, 3ª. ed., *Ajuris*, 1978, na notícia bibliográfica sobre o autor, p. 18, trad. *Leda Boechat Rodrigues*

do mesmo dispositivo, “(...) é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

### A aplicação da norma constitucional

“A  
lei estabelecida para dirimir o primeiro conflito foi  
interpretada de duas maneiras, e gerou novo conflito”  
(Carlos Drumond de Andrade)<sup>19</sup>.

Feitas tais considerações e no tocante ao que interessa às presentes notas, ligadas ao tema da união estável, é preciso ressaltar, que, embora para alguns a inovação constitucional tenha se apresentado como de simples inteligência, no tocante à sua aplicação aos casos concretos, sem demandar idagações outras que as relacionadas com a leitura do texto maior e a verificação sobre a adequação dos fatos aos seus limites, para outros surgiram dúvidas a respeito da própria auto-aplicabilidade da regra constitucional e da necessidade de sua regulamentação, embora a única ressalva nela constante e a respeito de regulamentação tivesse a ver com a conversão da sociedade de fato em casamento, verificando-se, na segunda de tais posições, a presença, inclusive, de traço reacionário e inerente ao conservadorismo dos que não conseguiam aceitar as modificações havidas<sup>20</sup>, especialmente em tema como o da família, em que e sob a moldura ético-social, faz-se necessário “não perder de vista que a multiplicidade e variedade de fatores não consentem

---

<sup>19</sup> *Op.cit.*, p. 91

<sup>20</sup> *Afinal e de acordo com Sérgio Gischkow Pereira, “A mudança foi profunda, muito profunda. Não é fácil assimilá-la desde logo, condicionados que estamos por séculos e séculos de cultivo da irrealidade e da hipocrisia neste ramo do Direito e por categorias diversas de pensamento. É o poder da tradição, acentuado magistralmente por Gadamer, mas que há de sofrer o impacto, conforme Habermas, da análise da ideologia e da Psicanálise (Jürgen Habermas, Dialética e Hermenêutica, L&PM Editores, 1987). Afinal, a família, juntamente com a propriedade e o contrato, são os pilares do Direito liberal ocidental (Jan Cabonnier, Derecho Flexible, Madri Editorial Tecnos, 1974)” (Algumas Questões de Direito de Família na Nova Constituição, Revista dos Tribunais, vol. 639/247).*

fixar um modelo judicial uniforme”, na lição de Caio MÁRIO <sup>21</sup>, disto resultando poder-se atribuir-lhe particular feição jurídica, admitindo “(...) ser considerada como um organismo jurídico, como também uma instituição” <sup>22</sup>.

De qualquer forma e se para alguns a regra do art. 226, § 3º, da CF surgiu como apta a desde logo produzir efeitos, sem necessidade de regulamentação a tanto correspondente <sup>23</sup>, - inclusive porque se antes de 1988 e em especial quando quase nada havia a respeito de direito escrito e pertinente à união de fato, cuidara a jurisprudência de estabelecer verdadeiro regramento a respeito do assunto, como já visto, logicamente não seria após o reconhecimento, pelo próprio Estado, sobre seu dever protetivo a tal forma de vida, que se haveria pensar, ainda, na necessidade de regulamentação a respeito <sup>24</sup> -, o fato é que acabou por preponderar o ponto de vista dirigido à regulamentação, editando-se, primeiro, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e, em 1996, a Lei nº 9.278, de 10 de maio, advindo, de ambas, várias e até hoje presentes indagações a respeito de suas normas e mesmo sobre a vigência do primeiro diploma em função da edição do segundo, sobre o qual já se sustentou até questionamento acerca de sua validade, por destinar-se, conforme consta de sua epígrafe, a regular o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, o que, como adverte o Prof. Caio MÁRIO, “é objeto das “leis complementares. Segundo o disposto no art. 69 da

---

<sup>21</sup> *Direito Civil - Alguns Aspectos..., cit., p. 172*

<sup>22</sup> *Idem*

<sup>23</sup> *V., por todos, o Prof. Caio Mário da Silva Pereira: “Na sua primeira parte, este inciso me pareceu uma self executing provision. Fiel às minhas antigas convicções, entendia eu que não havia mister descesse o legislador a minúcias. A elaboração pretoriana seria suficiente para que o juiz, em cada caso, avalie as condições da união, e declare, pelas circunstâncias materiais, suficiente para considerar a existência de uma “entidade familiar”. Não dispendo a propósito da “conversão em casamento”, aí sim, entendia eu a conveniência de discipliná-la pela via administrativa ou judicial” (Direito Civil - Alguns Aspectos..., ref., p. 180). Observa o mesmo doutrinador, ainda e em outro passo: “Tenho sempre sustentado, cabe à doutrina elaborar definições. Toda vez que o Legislador se propõe definir, ou é excessivo, ou incompleto. A ‘entidade familiar’, nos termos do art. 226, § 3º, é uma decorrência da ‘união estável’, e esta é uma situação de fato, a ser apreciada em cada caso” (Op. cit., ps. 185/186).*

<sup>24</sup> *Cf., do autor, A União Estável: um conteito?, no Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, vol. 3, coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier e Alexandre Alves Lazzarini, RT, S.Paulo, 1996, ps. 19/44*

Constituição, as leis complementares deverão ser aprovadas por maioria absoluta, e não por maioria simples, como se deu com a Lei nº 9.278/96”<sup>25</sup>.

E a partir dos requisitos adotados em um e outro para a caracterização da união estável, desde logo se nota a divergência legislativa, uma vez que enquanto a Lei nº 8.971 dispôs, em seu art. 1º, que, “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”, sendo “Igual direito e nas mesmas condições (...) reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva” (parágrafo único), o art. 1º da Lei 9.278 dispôs: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Assim e enquanto o primeiro de tais diplomas (que se dispõe a regular “o direito dos companheiros” nas matérias a que se refere) estabeleceu sobre a necessidade de um prazo mínimo ou a existência de prole e a necessidade de o companheiro ou companheira ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, nenhuma destas condições foi inscrita no segundo, aspecto em que, sem qualquer dúvida, atuou o legislador com maior cautela, tanto por não ser papel da lei conceituar os institutos a que se refere - missão da doutrina e dos pretórios, segundo o caso a ser examinado e os princípios aplicáveis - , havendo-se limitado à moldura do art. 266, § 3º, da Lei Maior e sem procurar restringir a sua incidência, atentando para o fato de que o Direito deve ser considerado como forma de crescimento e valorização do homem e é defeso ao legislador ou ao aplicador da Lei, pretextando receios com a aplicação da norma, reduzi-la a limites estreitos e que acabam por alcançar resultado oposto ao pretendido pelo constituinte, principalmente em tema de imenso fundo social e inegável cunho protetivo, o que incorreu em referência ao art. 1º da L. 8.971, que acabou “por demarcar um campo que por sua natureza não pode ser demarcado”, uma vez que “as relações concubinárias pertencem ao espaço não instituído a estatuí-las” na arguta nota de Rodrigo da Cunha PEREIRA<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> *Direito Civil - Alguns Aspectos da sua Evolução, menc., p. 185*

<sup>26</sup> *Folha de S.Paulo, 28.05.1995, Cad. 2, p. 2*



Não fosse suficiente o referido e já no campo que interessa a este trabalho, dos bens adquiridos na constância da união de fato, a L. nº 8.971/94, após mencionar, em seu art. 2º, que as pessoas referidas no art. 1º têm direito a participar da sucessão do companheiro, nas condições previstas em seus inciso I a III, determinou, no art. 3º, que, “Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”, numa clara confusão entre institutos que nada têm a ver entre si, quais sejam a sucessão e a meação, porquanto, “A meação corresponde ao direito que se tem à quota parte, equivalente à metade, em vida; já o direito derivado da sucessão nasce pelo fato da morte. A meação é devida se houver colaboração. E a colaboração tem um amplo sentido, material e moral”, na lembrança de Luiz Edson FACHIN<sup>27</sup>.

Já o *caput* do art. 5º, da L. nº 9.278/96 dispõe: “Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito” ou quando “a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união” (§ 1º), cabendo a administração do patrimônio comum aos conviventes a ambos, salvo cláusula em contrário em contrato escrito (§ 2º) e ressaltando o parágrafo único do art. 7º: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

Dessarte e conquanto se possa ter de melhor redação e adequação ao instituto a que se destina, da união estável, a lei mais moderna, nos aspectos referidos, uma ressalva é cabível e que mostra - ao menos no ponto a que se refere - ter andado melhor a redação da L. 8.971, ao mencionar, no art. 3º, o direito do companheiro sobrevivente à metade dos bens deixados pelo outro, falecido, resultantes “de atividade em que haja colaboração” de ambos, uma vez que de acordo com o art. 5º da L. 9.278, o direito à partilha diz com os bens adquiridos por um ou ambos dos conviventes, “na constância da união estável e a título oneroso”, ainda não se podendo olvidar, relativamente à L. 8.971, ter a jurisprudência firmado “(...) que a colaboração é conceito *lato*, e compreende não apenas a aquisição, vale

---

<sup>27</sup> *Curso de Direito Civil - Fundamentos...*, cit., ps. 70/71

dizer, a contribuição em sentido estrito, como também a conservação. A meação decorre, pois, da existência de comunhão de vida no momento do ingresso de bens na esfera jurídica dos companheiros”, na lembrança de FACHIN <sup>28</sup>, apesar do acerto da Lei 9.278 ao considerar como passando a pertencer a ambos os companheiros, como fruto do trabalho e da colaboração comum, os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os conviventes, durante a união de fato.

De outra parte e ainda quanto art. 1º da L. 9.278, no tocante à expressão “a título oneroso”, inexistente no art. 1º da L. 8.971, percebe-se, como alertado por Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, que, “A disponibilidade entre os companheiros, em matéria de regime de bens, somente abrange os bens adquiridos onerosamente durante a união, afastados os bens adquiridos anteriormente, a qualquer título, e os adquiridos no curso do companheirismo a título gratuito ou por fato eventual” <sup>29</sup>, além daqueles decorrentes de sub-rogação real de efeito pessoal, conforme FACHIN e decorrentes de “aquisição patrimonial, durante a convivência, com o produto de bens que já estavam no patrimônio dos conviventes ao início da união” <sup>30</sup>.

Para culminar e sem que se aluda a outras regras inseridas em ambos os diplomas, o art. 11 do segundo deles limitou-se a revogar as disposições em contrário, surgindo, desde logo e cumprindo examinar-se, na seqüência, se coexistem ambos os diplomas.

#### **A L. 8.971/94 e a superveniência da L. 9.278/96**

*“As leis se complicam, quando se multiplicam” (Marquês de Maricá).*

Editada a L. 8.971 e inclusive por conta das críticas contra ela lançadas, - tanto em função de implicar em retrocesso quanto a determinados aspectos, como, p. ex., o de determinar a avaliação da união estável mais pela quantidade de tempo em que os conviventes permanecessem juntos, do que pela qualidade que a permanência pudesse ter

---

<sup>28</sup> *Curso de Direito Civil - Elementos...*, ref., p. 85

<sup>29</sup> *O Companheirismo - Uma Espécie de Família*, RT, S.Paulo, 2001, p. 342

<sup>30</sup> *Curso...*, cit., p. 87

<sup>31</sup>, “pois a situação é sempre a mesma, a soma do tempo não edifica direito algum à companheira, nem lhe cai proveito em detrimento da moral social”, segundo escrito por Adahyl Lourenço DIAS <sup>32</sup>, bem como a circunstância de haver desconsiderado a situação daqueles que, embora casados, estivessem separados de fato e passassem a ter vida em comum com outra pessoa, - veio a lume a L. 9.278, de 1996, suprimindo omissões e corrigindo aspectos do anterior diploma, desde logo surgindo o debate sobre se teria ela, ou, não ab-rogado, derogado ou em nada interferido na L. 8.971, principalmente porque e como referido, seu art. 11 cingiu-se a revogar as disposições em contrário, o que, a rigor, seria desnecessário.

Conforme bem apontado por Guilherme CALMON, “a cláusula genérica aposta na maioria dos textos legislativos dispondo quanto à revogação dos preceitos anteriores e contrários ao preceito novo, evidentemente é despicienda, considerando que toda norma anterior incompatível com a posterior, com a mesma força hierárquica, sendo esta não eivada de vício formal ou material de inconstitucionalidade, está implicitamente revogada” <sup>33</sup>, até porque segundo o art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”, determinando o § 2º do mesmo dispositivo, a subsistência da lei anterior, quando a nova “estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes”.

Entretanto e ainda de acordo com CALMON, “É importante notar que, malgrado a Lei 9.278/96 tenha sido aprovada com o objetivo de regular o preceito constitucional contido no art. 226, § 3º, conforme consta de sua ementa, as disposições constantes do texto legal nem de longe abrangeram todos os pontos já tratados em leis anteriores, e,

---

<sup>31</sup> Cf. o trabalho a que se refere a nota nº 13, *supra*

<sup>32</sup> *A Concubina e o Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, S.Paulo, 198 , p. 83

<sup>33</sup> *O Companheirismo...*, cit., ps. 495/496. Ressalta o ilustre magistrado e doutrinador, inclusive, cuidar-se de “prática legislativa não apropriada, portanto devendo ser expurgada dos sistema jurídico brasileiro. Em seu lugar, devem ser adotadas providências no sentido de indicar as disposições ou as leis que perderão sua força com o advento da nova lei, ou o novo texto deve ser omissivo quanto ao tema, permitindo que o exegeta possa verificar se há ou não incompatibilidade entre os dois textos, ou se o último regula toda a matéria da lei precedente” ( p. 496).

especialmente, na Lei 8.971/94”<sup>34</sup>, concluindo o Prof. Álvaro Villaça AZEVEDO não ter ocorrido a revogação total da lei anterior pela posterior, mas apenas parcialmente, referindo-se ao aspecto do direito alimentar e à não prevalência do art. 3º da primeira Lei, ante a regra do art. 5º da Segunda<sup>35</sup>, posição que, de forma geral é a de Humberto Theodoro Jr., atualizando a obra do Prof. Orlando GOMES: “É bom notar que Lei nº 9.278 não substituiu a Lei nº 8.971, mas apenas a revogou em parte, naquilo que instituiu alguma norma diferente e incompatível com que antes fora disciplinado pela última lei. O certo, porém, é que a Lei nº 9.278 não regulou inteiramente a matéria tratada pela Lei nº 8.971 e somente em um ou outro ponto tratou de objeto que já havia sido cogitado por esta última. Nesses pontos de conflito e incompatibilidade é que terá ocorrido a parcial revogação da Lei nº 8.971”<sup>36</sup>.

Quanto ao aspecto que interessa aos presentes comentários e concernente ao patrimônio adquirido durante a união estável, necessário se faz concordar com mestre VILLAÇA e o Prof. CALMON, no entendimento sobre estar revogado o art. 3º da L. 8.971, pelo art. 5º da L. 9.278, prevalente, quanto à matéria, apenas o último, uma vez que, “o regime de bens instituído pela lei antiga não permitia disposição em contrário, ou seja, a lei não autorizava a existência de regime diverso do expressamente previsto, com a devida interpretação”<sup>37</sup>, o que a atual permite, exigindo a anterior, ademais, a prova da colaboração do companheiro, enquanto a mais moderna *presume* essa colaboração, nos termos que enuncia.

Por outro lado e se o art. 3º da L. 8.971/94 remetia ao seu art. 2º, o qual, por sua vez, se referia ao art. 1º, onde contida a moldura da união estável então proposta pelo legislador (companheiro[a] livre, *rectius*, solteiro[a], separado[a] judicialmente, divorciado[a] ou viúvo[a] e vida em comum há mais de cinco anos ou existência de prole) e o art. 1º da L. 9.278 reconheceu “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”, como a entidade familiar a que se refere o art. 226, § 3º, da CF, logicamente que os requisitos contidos na Lei de 1994

---

<sup>34</sup> *O Companheirismo...*, ref., p. 497

<sup>35</sup> *Estatuto da Família de Fato*, Ed. Jurídica Brasileira, S.Paulo, 2001, p. 405

<sup>36</sup> *Direito de Família*, Ed. Forense, R..de Janeiro, 2000, p. 48

<sup>37</sup> *Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, O Companheirismo...*, cit., p. 500

foram superados, também, pelo que a Lei de 1996 entendeu como preciso à definição da entidade familiar considerada pela norma constitucional, prevalecendo, desta forma, o desenho firmado na última das leis referidas, em detrimento do contido na anterior.

Afirmado, portanto, que o art. 5º da L. 9.278/96 revogou o art. 3º da L. 8.971/94 e que o paradigma a ser levado em conta, para o conceito do que seja a união estável prevista no art. 226, § 3º, da CF, é o previsto no art. 1º do diploma de 1996, superada, assim, a engenharia utilizada no art. 1º do de 1994, e sem que se ingresse, aqui, no exame das questões pertinentes ao direito intertemporal, passa-se ao exame sobre a natureza da presunção a que se refere o art. 5º supracitado.

### **A presunção a que se refere o art. 5º da L. 9.278, de 10 de maio de 1996**

*“Construir ou descobrir o direito, chamai-o como quiserdes, diz Pound, pressupõe “um quadro mental do que se está fazendo e porque se o está fazendo” (Benjamin Nathan Cardozo)<sup>38</sup>.*

Alterando o sistema da L. 8.971, em que o art. 3º determinava o direito do companheiro sobrevivente à metade dos bens deixados pelo companheiro falecido, desde que tivesse havido colaboração de ambos na aquisição, o art. 5º, *caput*, da L. 9.278 dispôs: “Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

Como corolário de seu enunciado, de forma clara e a não admitir questionamento, estabeleceu o dispositivo em comentário *presunção legal* sobre serem os bens adquiridos na constância da união estável considerados fruto do trabalho e da colaboração de ambos os conviventes, “passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais” e independente da prova sobre a contribuição de cada qual para a aquisição, bastando a apurar-se a existência da união estável, decorrente esta da confluência de interesses dos companheiros, com vistas a objetivo comum e conseguindo, com fundamento sobretudo em

---

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 215

respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca em situação duradoura, pública e contínua, a revelar o intuito de estabelecer-se família.

Neste aspecto e como aponta a Advogada Marilene Silveira GUIMARÃES, “Ao estabelecer o condomínio irrestrito dos bens, o legislador valoriza o afeto, o apoio psicológico, a solidariedade que um convivente presta ao outro, reconhecendo o amor como valor jurídico”<sup>39</sup>, do que resulta, como antes citado, importar não apenas a colaboração material de cada um na aquisição dos bens, mas e também a contribuição afetiva e a qual se acresce aquela circunscrita, no que toca à mulher, às atividades que desenvolve cuidando da família e da casa, que, mesmo se considerada como “indireta”, tem fundamental importância, muitas vezes, à consecução dos objetivos comuns.

Posto isso, o primeiro questionamento que surge em função dos termos do dispositivo em comentário tem a ver com a natureza da presunção que dele emerge, quanto aos aqüestos, ou seja, se é *absoluta* ou *relativa* e, assim, se admite ou não prova em contrário.

É tema que tem enfrentado posições divergentes na doutrina, entendendo Guilherme Calmon Nogueira da GAMA tratar-se de presunção *absoluta*, “não somente pela própria instabilidade que se instauraria no seio familiar, como também e, principalmente, na sociedade. O dispositivo é claro ao somente admitir que o regime de bens não prevalecerá se houver estipulação em contrário. E, no § 1º, do art. 5º, da mesma lei, há expressa referência que somente no caso da aquisição decorrer da utilização de produto da venda de bens adquiridos anteriormente ao início da união, a presunção contida no *caput* deixa de existir. Caso a lei pretendesse excepcionar a regra fundada na falta de contribuição, certamente teria expressamente cuidado do assunto, o que não ocorreu. Desse modo, não se pode considerar a possibilidade de se admitir prova em contrário da presunção absoluta, introduzida pela lei”<sup>40</sup>.

O eminente Prof. Zeno VELSO, com quem ousei dividir esta mesa de trabalhos, em função de um desejo íntimo de aprender mais e atento à advertência de Kierkgaard

---

<sup>39</sup> *A União Estável e a Lei nº 9.278, publicada em 13 de maio de 1996, no Caderno de Estudos nº 2, do Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família, Ed. Jurídica Brasileira, 1998, ps. 215/225*

<sup>40</sup> *O Companheirismo..., ref., p. 339*

SOREN, que, “ousar é perder o equilíbrio por uns instantes, mas não ousar é perder-se a si mesmo”, observa, após mencionar a antiga súmula 380 do Colendo Supremo Tribunal Federal: “Agora, por força do art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.278, há a presunção legal de que os aqüestos são fruto do trabalho e da colaboração comum dos parceiros, presunção esta que não pode ser elidida por prova em contrário, mas, somente, por estipulação contrária dos conviventes, em contrato escrito”<sup>41</sup>.

O Prof. Álvaro Villaça de AZEVEDO, contudo e após aludir à possibilidade de os companheiros, no ato de aquisição de um ou todos os bens, ressaltarem a participação de um deles, a maior, na aquisição, com vistas a efeitos futuros, além de ser-lhes admitido “fazer contrato, programando toda a sua vida econômico-financeira, como possibilita, expressamente, esse artigo”, tem diverso pensar: “Veja-se, mais, que a presunção estabelecida nesse artigo é *iuris tantum* (e não *iuris et de iure*), pois admite prova em contrário. Realmente, a união pode ser conturbada, de tal sorte, por um dos concubinos, que reste comprovada sua completa ausência de colaboração, como, por exemplo, a vida irresponsável, de má conduta ou de prodigalidade; a de mero companheirismo, na relação aberta; a pautada por vícios de embriaguez, de jogo etc”<sup>42</sup>.

Das Minas Gerais, o jurista e Prof. Rodrigo da Cunha PEREIRA não aponta solução diversa: “Presume-se que os bens adquiridos na constância da união, a título oneroso, pertencem a ambos, porque adquiridos com esforço comum. Entretanto, é importante salientar que esse esforço comum é só uma presunção. Sendo assim, pode-se determinar o contrário, ou seja, provar que os seus, ou determinados bens, não foram fruto do trabalho e/ou da contribuição de ambos”<sup>43</sup>.

Para Rainer CZAJKOWSKI, Prof. Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito de Curitiba, o art. 5º, *supra*, estabelece presunção relativa de condomínio, pois, “Na união livre estável, quando o homem e a mulher juntam esforços, dinheiro ou trabalho, para a aquisição de um bem, já caracterizam sociedade de fato. Se ambos se tornam titulares deste bem, o condomínio é o resultado da sociedade de fato havida. Mas se somente um deles se torna titular do bem, sociedade de fato continuou existindo, só que o efeito jurídico,

---

<sup>41</sup> *União Estável*, Ed. CEJUP, Pará-S.Paulo, Col. Biblioteca do Ministério Público, vol. 5, 1997, p.83

<sup>42</sup> *Estatuto da Família de Fato*, cit., p. 389

<sup>43</sup> *Concubinato e União Estável*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 117

condomínio, não foi alcançado. O art. 5º da Lei 9.278, inspirou-se nesta situação para presumir este efeito, mas não o fez em termos absolutos. Esta é uma das diferenças básicas entre o casamento e a união estável: nesta é imprescindível o esforço comum (direto ou indireto); naquele não se discute isto”<sup>44</sup>.

Entretanto e de seu ponto de vista, a relatividade da presunção não decorre da circunstância de inverter o ônus da prova ou permitir a produção de prova contrária, concluindo, em interessantes considerações: “É relativa porque não se refere a todos os bens dos parceiros, e porque pode ser afastada por contrato escrito. Prova em contrário seria demonstrar que a aquisição se deu por trabalho exclusivo de um, sem colaboração do outro. Esta prova não se admite. Se um dos parceiros demanda contra o outro, com pretensão patrimonial fundada no art. 5º, óbvio que não contratou com ele afastando a presunção. Seria um contra-senso processual. Se o fez, pode ter outras pretensões contra o ex-parceiro, mas não tem com fundamento neste art. 5º. Pode, ainda, ter contratado parcialmente afastando a presunção, e demandar pela aplicação da presunção sobre outros bens não atingidos pelo contrato”<sup>45</sup>.

Pondera, ainda, entender redundante esse artigo da lei, quando afirma que os bens adquiridos pelos conviventes passam a pertencer a ambos, pois, “Bem adquirido por ambos já é condomínio, não precisa a lei presumir”, devendo-se aplicar a presunção de condomínio no tocante ao bem adquirido por qualquer um deles, desde que estável a união de vidas, pois, “Presumir condomínio implica descartar prova da colaboração para a aquisição patrimonial. Importa é haver ou ter havido família”<sup>46</sup>.

Respeitada a posição dos que pensam diversamente, entendemos que a posição em que melhor se enquadra o art. 5º da L. 9.278/96, é a de ser relativa a presunção dele decorrente.

Tal conclusão decorre tanto da circunstância de que os seus próprios §§ 1º e 2º apresentam hipóteses em que a presunção não ocorrerá, como porque o importante é a existência presente ou passada da união de fato e segundo o desenho emergente do que consta nos arts. 1º e 2º da L. 9.278, sem que o que não será possível afirmar-se a presunção.

---

<sup>44</sup> *União Livre, Ed. Juruá, Curitiba, 1996, p. 110*

<sup>45</sup> *Op. cit., p. 118*

<sup>46</sup> *Rainer Czajkowski, União..., ref., p. 118*



De outra parte, poderá um dos conviventes ter adquirido algum bem com o produto advindo da venda de outro, de sua única propriedade e anterior ao início da união de fato, caso em que, como já visto, não é possível comunicação com o parceiro. Se a presunção for tida como absoluta, não se admitindo ao primeiro a prova a respeito da circunstância referida, já que o bem foi adquirido na constância da vida em comum, logicamente estar-se-á abrindo porta ao enriquecimento ilícito do outro convivente.

É o que pensa também a Prof<sup>a</sup>. Débora GOZZO: “(...) a presunção legal do art. 5º, *caput*, dessume-se ser relativa pelo próprio conteúdo da norma legal, vez que nela encontra-se prevista a possibilidade dos conviventes estabelecerem, em contrato escrito, hipótese diversa de condomínio para bens adquiridos após o início da vida em comum”.

Ressalva, contudo, não ter aludido a L. 9.278/96 à possibilidade de outro meio de prova além do contrato escrito como forma de arrear a presunção sobre o condomínio, no tocante a que, todavia, parece-nos que a ressalva atinente ao contrato escrito não exclui o entendimento sobre serem possíveis outros meios de prova com vistas ao afastamento do condomínio, conforme, aliás, a lição do Prof. Villaça de AZEVEDO antes mencionada.

Assim e se anteriormente a 1988 orientava a Súmula 380 sobre a necessidade de ser comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, com vistas ao partilhamento do patrimônio adquirido pelo esforço comum, atualmente e por força do art. 5º da L. 9.278/96, a demonstração sobre haver-se configurado a união estável conforme a moldura prevista no art. 1º do mesmo diploma, induz presunção relativa de que os bens adquiridos por um ou pelos dois conviventes, na constância da vida em comum, pertencem a ambos, em condomínio e em partes iguais, observada a ressalva contida no § 2º do art. 5º, que deve respeitar, também, a circunstância de, sendo o bem ou alguns dos bens de propriedade exclusiva de apenas um dos parceiros, que já o tinha antes de iniciada a vida em comum, não se pode deixar de lado os efeitos advindos da colaboração do companheiro, na sua manutenção e melhora, já que, consoante de muito afirmado, pois, “(...) se não houve cooperação do outro na aquisição, que se deu antes do concubinato, a conservação, a valorização e melhora receberam o concurso do galardão da companheira, o que integra o seu trabalho nos bens assim melhorados, vincula o direito da concubina ao mesmo patrimônio numa percentagem representada por determinada quota-parte, correspondente àquele trabalho. Igual entendimento adotou o Tribunal bandeirante,

confirmado pelo Supremo Tribunal em uma ação movida pela companheira contra o espólio do falecido concubinário. Proclamou-se que, embora não houvesse contribuição da autora na aquisição dos imóveis inventariados, a ela se deferia uma quota de  $\frac{1}{4}$  em um imóvel rural porque “as melhorias que ambos introduziram no mesmo, tornando-o de deficitário em produtivo, ficaram bem positivadas pelas provas colhidas”<sup>47</sup>.

Assim e da mesma forma que se afirmou a relatividade da presunção quanto à participação dos companheiros na aquisição dos bens e embora o art. 5º se refira a partes iguais para cada um, não se pode deixar de levar em conta a possibilidade acima referida, sob pena de não o fazendo, incidir-se em solução iníqua no tocante a um dos conviventes.

---

<sup>47</sup> *Lourenço Dias, A Concubina..., cit., p. 121*