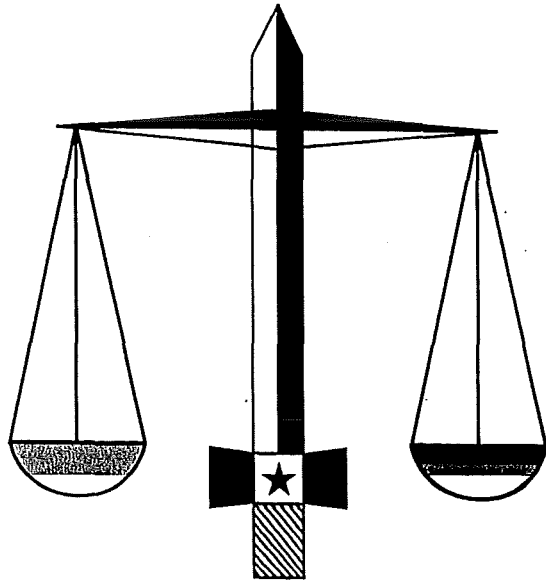


VII Congresso Jurídico
Brasil-Alemanha



ANAIS

Promoção:
Sociedade de Estudos Jurídicos Brasil-Alemanha-SEJUBRA

VII CONGRESSO JURÍDICO BRASIL-ALEMANHA

24 e 25 de outubro de 1996

PROMOÇÃO

SOCIEDADE DE ESTUDOS JURÍDICOS BRASIL-ALEMANHA

Diretoria:

Francisco Florence - Presidente

Fábio Nusdeo - Vice-Presidente

Eduardo Carvalho Tess - Diretor Financeiro

Monica Elisabeth Feichtner - Diretora Secretária

Conselho Deliberativo:

Cássio de Mesquita Barros

Fábio Konder Comparato

Modesto Carvalhosa

Sonia Maria Giannini Marques Döbler

V. O CONCUBINATO

V. 1. Conferência:

V. 1. 1. “A Nova Lei do Concubinato”

*Prof. Caio Mário Da Silva Pereira
Rio de Janeiro*



Prof. Caio Mário Da Silva Pereira (no meio)
com (de esq.): Prof. Peter Ashton, Prof. Jorge Lauro Celidônio, Prof. Aristotéles Atheniense, Prof. Segismundo Gontijo

Eu fui incumbido de falar sobre a Nova Lei do Concubinato e eu, sinceramente, encontro certa dificuldade de falar sobre ela.

O ponto de partida para a conceituação do concubinato é o Código Civil Brasileiro, que uma vez se refere à Lei do Concubinato quando, em seu artigo 363 inc. I, menciona uma hipótese de investigação de paternidade. Muitas vezes o legislador tem se voltado para o assunto, como o decreto-lei 4.737, que cogitou o problema dos filhos de desquitados que, segundo uma corrente reacionária então vigente, entendia que estes seriam filhos adúlteros porque, uma vez que o desquite não rompe com o vínculo conjugal, mas apenas dissolve a sociedade, o dever de fidelidade sobrevivia e, desta forma, os filhos de desquitados seriam filhos adúlteros. E foi o decreto-lei 4.737, até com certas conotações de natureza personalíssima que não há mister em mencionar, deu possibilidade de se atribuir “status” aos filhos de adúlteros.

O decreto-lei 3.200 de 19 de abril de 1.941 completa esta idéia, já autorizando ao primeiro dos pais ilegítimos - vamos denominá-los assim, pois a linguagem na época ainda era essa - que houvesse reconhecido o filho, ao pátrio poder. A grande referência à situação dos filhos de relações extramatrimoniais não vem propriamente de um provimento legislativo: é na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal¹ que, em uma situação estranha - pois o nosso Direito é um Direito escrito - atribui à companheira condições para pleitear parte com que tenha contribuído o incremento patrimonial de seu companheiro sem citar nenhuma lei! E durante mais de vinte anos muitas ações foram propostas - e os meus colegas e companheiros debatedores, como advogados, já tiveram o ensejo de propor ação fundada na Súmula 380, como se tratasse de uma disposição de lei. Então, o

¹ Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

provimento judiciário, qual era a Súmula 380, figurava como se fosse uma disposição legislativa.

Mas, a verdadeira porta aberta para a situação dos filhos de relações extramatrimoniais veio com a Constituição de 1988, que criou a figura da união estável em uma definição do artigo 226, § 3º, que convém ter presente para o efeito de não nos desviarmos de sua análise:

“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Eu entendo que essa disposição, não só pela sua grandeza no sentido para abrir as portas para a situação daqueles que vivem em condições de relações extramatrimoniais, como também, com pequena falha, preencheu todos os requisitos. Eu sempre entendi que o conceito de união estável do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, havia sido posta em tais termos, que só lhe faltava uma espécie de benção judiciária para, na medida de sua aplicação, ser completada mediante a elaboração pretoriana que não lhe faltaria. Ali está a idéia de que a entidade familiar decorre da união estável, sem haver necessidade de se referir ao problema temporal. Desde aí, levanta-se a dúvida por quanto tempo e como se caracteriza a estabilidade da união. Achei durante toda a minha vida que isso era apenas uma sutileza, pois durante 50, 60 anos, os tribunais se referiam ao concubinato e tinham todas as condições de defini-lo sem a necessidade do legislador.

Essa mesma disposição estabelecia que o Estado facilitaria a conversão em casamento, o que, desde logo, ficava bem acentuada a distinção entre união estável e casamento. A união estável não podia ser casamento, pois, se a lei, o legislador, facilitasse sua conversão, esta não seria casamento de maneira nenhuma. Entretanto, a união estável entrou com uma disposição controvertida ganhando adeptos e adversários e a Jurisprudência veio complementar a sua característica: bastava esta noção do Poder Constituinte, para que o tempo viesse polindo aquela noção e se estabelecesse o que é a união estável. A primeira observação seria este, já feito por mim, de que a união estável não se confunde com casamento.

Mas muitos reclamavam que o legislador definisse, precisamente, a união estável. Eu sempre fui muito contra o legislador definir, pois definir é obra da doutrina, de modo que, quem define é o doutrinador. Quem completa as noções, são os tribunais que, pouco a pouco, vão constituindo os elementos necessários para que um conceito adquira a sua concepção satisfatória. Mas nossa vesânia legislativa, muito freqüente, compareceu para afirmar a sua presença. Eu sempre disse e repito: não cabe ao

legislador definir! E todas as vezes que o legislador enuncia uma definição, esta se torna deficiente ou excessiva. Muitas vezes, ao enunciar minúcias, cria dificuldades para a interpretação. O tribunal pode, na aplicação de um conceito genérico, realizar um trabalho construtivo. Agora, uma interpretação, que na própria concepção da jurisprudência americana traz mesmo essa denominação de construção, os tribunais constróem os conceitos na medida de sua aplicação. O legislador, apesar disso, achou que precisava definir e; com isto, começou a criar problemas.

Veio, então, a primeira lei que - assim entendeu o legislador - completaria a disposição constitucional: a Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994.

Nosso próprio legislador, após ter baixado a Lei 8.971, achou que sua obra não era boa, resolvendo completá-la com outra lei: a Lei 9.278, que teria o propósito de complementar a Lei 8.971. E logo aí surgiu uma nova polêmica: uns entendem, e até se pronunciam por escrito, que a Lei 9.278 aboliu a Lei 8.971. Outros entendem que não, mas que ela apenas derogou algumas disposições da Lei 8.971.

Vemos então, que a presença de um legislador em torno de uma disposição que, ao meu ver, continha um conceito satisfatório, já baixou duas leis para descrever uma complementação. E o legislador ainda achou pouco. Ele achou que essas duas leis ou não serviam, ou se contradiziam, ou não completavam o conceito. Veio, então, uma nova tendência como projeto, publicado no Diário Oficial, com o objetivo de regular o artigo 226, § 3º da Constituição Federal.

Quando fui incumbido de lhes falar sobre a Nova Lei do Concubinato, fiquei de certo modo perplexo: qual dessas leis eu escolheria, pois a Lei do Concubinato já são três: a Lei 8.971, a Lei 9.278 e já o anteprojeto da Lei do Concubinato. Vamos, então, proceder a análise, tanto quanto possível, dessas disposições.

Logo que saiu a primeira das leis, mais de dois pronunciamentos se publicaram, mas desses, dois, principalmente, definiram duas posições: de um lado aqueles que entendiam que a Lei 8.971 era uma lei benéfica, que facilitava, que contribuía para o desenvolvimento sócio-jurídico da união estável. A esse propósito, a professora **Tânia da Silva Peres** escreveu um artigo que foi publicado no "Globo" com esse título sugestivo: "Vale a pena casar?", onde ela levantava a questão em face da Lei 8.971. Aqueles que viviam em relações extramatrimoniais tinham necessidade de se casar, porque a lei já satisfazia perfeitamente.

De outro lado, o ex-ministro **Saulo Ramos**, escreveu na "Folha de São Paulo", um artigo em que ele criticava a Lei 8.971, dando-lhe um qualificativo malicioso de "lei-piranha".

Em seguida foi publicada a Lei 9.278, e essa, então, veio definitiva para resolver se vale a pena casar. A situação dos casados é mais segura em face da Nova Lei do que a situação dos que viviam em relações extramatrimoniais. E essa lei, por essas malícias dos comentários brasileiros, ficou sendo chamada de "lei-piranha nº 2".

Depois disso, é a vez do Governo elaborar um anteprojeto para a elaboração de uma outra lei. Será que quando esta sair, será denominada "lei-piranha nº 3"? É essa vesânia legislativa em que nós vivemos. Para quê tanta lei? A poucos dias, eu li um trabalho de um professor francês, Pierre Mazeud, em que ele dizia que a multiplicidade de leis mata a própria lei. É o que está acontecendo com as leis em torno da união estável: vem a primeira e se considera tendo satisfeito as condições. Vem a segunda e uns consideram que ela revogou totalmente a lei anterior, e outros entendendo que ela apenas completou algumas de suas disposições. E veio a terceira que, por todo o enunciado, por toda a propaganda feita, se destinava a substituir as outras duas, de sorte que essa é a preocupação do legislador: através de provimentos legislativos, resolver todos os problemas. Isto significa, o que é muito comum entre nós, a procura de resolver todos os problemas a golpe de leis. Isso é freqüente em nossas vidas. Os parlamentares conhecem muito bem esse assunto. Incumbidos de elaborar ou emitir parecer sobre um Projeto de Lei, não lhe faltam, imediatamente, sugestões. Mas estas não são de caráter genérico, ou de sentido de aperfeiçoamento da lei, pois cada um, com seu problema particular a resolver, procura, através de um artigo de lei, resolvê-lo, sugerindo àquele parlamentar que insira, no projeto que está sendo discutido, aquele artigo ou parágrafo, que resolva seu problema particular.

Eu não quero dizer que são cronistas as atividades jurídicas de Minas Gerais, mas já houve aqui uma situação dessa natureza: foi proposta, há alguns anos atrás, uma determinada ação contra o Estado de Minas Gerais, e o então governador do Estado, com receio de que o autor saísse vencedor na justiça, obteve, do então Presidente da República, que reunia as condições de Presidente da República e de Poder Legislativo, uma disposição em Lei Especial, estabelecendo uma espécie de solução legislativa do problema que estava sendo discutido. De sorte que podemos verificar que essas questões são muito complexas... Mas vamos, rapidamente, cogitar alguns parâmetros da Nova Lei.

A Lei 8.971 fala em união, duradoura, estável. Eu vejo nessa expressão "união estável" um conceito completo, que significa união duradoura, união ostensiva, união notória, que elimina as possibilidades de uma aventura, de um companheirismo, de um caso. Não se refere à vida *more uxorio*, muito embora um eminente desembargador, hoje Ministro do Supremo Tribunal de justiça, em decisão proferida perante seu tribunal, tem

entendido ser necessária a vida *more uxorio*. Pois bem; vem o projeto que está publicado no Diário Oficial para ser objeto de discussão e enuncia a sua definição de união estável. É reconhecida como união estável o tempo superior a cinco anos, indo mais longe que a Constituição Federal, pois esta não marcou prazo para a união estável, podendo este ser de dois ou cinco anos! Não há necessidade de se marcar um prazo! E quando se marca um prazo, logo isso poderá vir a criar um problema aos juizes que são mais afeitos à literalidade da disposição: se a lei determina cinco anos, quatro anos e meio ainda não é considerado união estável, por faltarem ainda seis meses para completar aquele conceito de união estável. Então bastava a disposição constitucional: união estável, união duradoura... O tribunal entende caso por caso, situação por situação à vista dos elementos que consolidou o processo e da parte material do caso - se é união estável ou não! O legislador não precisa dizer que o prazo é de cinco anos!

Mas ainda vai mais longe: sobre o mesmo teto retrocedeu. É uma lástima que tenha acontecido isso, pois o legislador, que é progressista, anda para trás como aquela lenda dos Matoiús, do Estado do Amazonas que tinham os pés voltados para trás e quem seguisse suas pegadas só andaria somente na direção oposta, ou seja, para trás... Pois durante anos se discutiu se havia necessidade da vida *more uxorio* para a caracterização do concubinato. A doutrina discutiu isso durante tanto tempo, grandes autores se punham em campos opostos e veio até o Supremo Tribunal Federal a decidir, que a vida *more uxorio* não é requisito essencial para a caracterização do concubinato. Pois vem o legislador de 1988 e estabelece o conceito de união estável, um conceito genérico, um conceito sujeito a uma apreciação dentro de sua própria generalidade. Mas o legislador, com o propósito de esclarecer, anda para trás ao considerar somente união estável aquela decorrente de uma vida *more uxorio*; que os companheiros vivessem sob o mesmo teto como se casados fossem. Durante cinquenta anos se discutiu se havia necessidade deste elemento etiológico para a caracterização do concubinato. Foi considerado que o conceito de concubinato mais moderno não exige a vida *more uxorio*, não exige a convivência sob o mesmo teto. Mas o projetista de 1996, para definir um conceito que tem por objeto o desenvolvimento do Direito Civil Brasileiro, volta atrás, ao exigir que, para caracterizar a união estável, é necessário que os conviventes vivam por um período superior a cinco anos sob o mesmo teto, como se casados fossem! Isso é uma forma de legislar, desacompanhando o progresso da constituição jurídica brasileira.

O problema maior da situação constitucional, e apenas neste ponto, eu considerarei que o artigo 226 § 3º foi incompleto, quando diz que será facilitada sua conversão em casamento, emitindo um conceito demasiadamente fluido: conversão em casamento como? De diversas

maneiras poderia ser feita a conversão: mediante o provimento judiciário, ou seja, aqueles que viviam sob união estável requereriam ao juiz que, apuradas as condições, convertesse a união em casamento. Ou, dispensando o provimento judicial, aqueles que viviam sob união estável poderiam requerer sua conversão perante o oficial do registro. E, ainda aí, surgia uma dúvida: se seria ou não necessária a homologação judicial. Neste ponto, o anteprojeto que está a espera de auxílios, de cooperação, foi mais completo, mais útil, pois ele deixou bem claro não ser necessária a habilitação judicial, não sendo exigido que os conviventes pleiteiem judicialmente sua conversão em casamento. O anteprojeto oferece um critério simples, pois se o espírito que conduziu o legislador constituinte foi de favorecimento, o legislador ordinário, completando esta idéia, veio trazer a sua contribuição: não é necessária a presença da autoridade judiciária, bastando requerer a conversão da união estável em casamento perante o oficial de registro.

Mas qualquer pessoa pode requerer a conversão da união estável em casamento? E o risco de pessoas impedidas legalmente e que vivam em união estável requererem a conversão em casamento? Neste ponto, o anteprojeto comparece com a sua participação, conforme seu artigo 9º: "Os companheiros poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão de união estável em casamento, desde que cabível." "Cabível" em que sentido? Cabível no sentido de saber se é realmente uma união estável, no sentido de uma união duradoura mediante petição ao oficial do registro civil da circunscrição de seu domicílio. Perfeito. O propósito do legislador constituinte foi facilitar a vida para aqueles que vivem em regime concubinário, união estável, se tornassem casados, simplificando o procedimento, através de um requerimento ao oficial do registro civil. Mas qualquer pessoa poderia? Não. Neste ponto o projetista foi cauteloso, juntando os documentos previstos no Art. 180 do Código Civil. Tem, assim, em vista, que aquelas pessoas que são impedidas de casar, como nos casos de parentesco de grau proibido de se casarem ou já unidos por matrimônio anterior, não poderiam casar-se. Deste modo, a união estável também não poderia ser convertida em casamento. O projetista foi, neste ponto, cauteloso e cuidadoso, devendo as testemunhas certificar a existência da união estável e a sua duração, sob as penas da lei, dispensando seus proclamas e os editais. Eu acho essa disposição muito construtiva, pois se o propósito do constituinte foi a facilitação de se converter a união estável em casamento, se fosse feita a publicação de proclamas e editais de casamento, a pessoa não precisaria fazer a conversão: ela simplesmente publicaria os editais e se casava.

Mas há um problema que nem a Constituição Federal, nem essas leis descrevem como se opera: requerida a conversão da união estável em

casamento e admitida essa conversão, que efeitos produzem e a partir de quando? Produz efeito "ex tunc", ou seja, desde o momento em que foi feito o requerimento? Ou desde o momento em que foi efetuada, efetivamente, a conversão da união estável em casamento? Haveria, por outro lado, a necessidade de uma habilitação para a conversão da união estável em casamento? A lei, o novo projeto, dispensa esta habilitação prévia. Mas há alguns problemas ainda que, ao meu ver, continuam em aberto.

O projeto diz que ambos os conviventes podem, de comum acordo, requerer a conversão da união estável em casamento. Às vezes eu lanço umas idéias um pouco exageradas, e é por isso que sou chamado, muitas vezes, de rebelde e utopista. Mas sou da opinião que se um dos conviventes requerer a conversão da união estável em casamento, provando os requisitos e seus elementos, sua conversão poderá ser feita. Isto evita a chantagem. Evita que um dos conviventes que está morrendo de felicidade para converter a união estável em casamento, mas que impõe condições ao outro convivente, chantageando-o de tal forma, que a sua resistência, de má fé, seria uma oportunidade de prover, obter vantagens.

Mas eu vou mais longe: poderia um pedido de conversão de união estável em casamento após a morte de um dos conviventes? A lei em si é silenciosa. Mas imagine-se os conviventes que passaram dez, vinte anos juntos, que passaram por marido e mulher e que tiveram todos aqueles elementos que caracterizam a vida de casados de repente, um deles, que desejava a conversão de união estável em casamento, ser surpreendido por um enfarte fulminante, seja o que for... Não pode o outro, provando todos os requisitos, inclusive que havia o elemento anêmico, a vontade da conversão da união estável em casamento daquele convivente que veio a falecer, requerer a conversão? Provando tudo isto, a conversão não pode ser realizada? Acredito que pode. E é isso que a Jurisprudência vai acabar fazendo para construir paralelamente à disposição legal. O fato do plano do legislador constituinte de 88 reconhecer que mais de 60% da população brasileira vive em relações extramatrimoniais, veio a facilitar a vida para aqueles que vivem nessas condições!

Legalize! Legitime a sua situação, transformando-a em casamento!