

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 131

julho/setembro – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

A indefinição da Lei do Concubinato

NEY DA FONTOURA BOCCANERA

O art. 226 da Constituição Federal, em seu parágrafo 3º, instituiu a “união estável” entre o homem e a mulher como uma nova entidade familiar, reservando à lei ordinária a incumbência de facilitar sua conversão em casamento.

Seria, portanto, dentro do estrito espírito desse mandamento constitucional que a lei comum reguladora (Lei nº 9.278/96) deveria buscar abrigo, para normatizar, com cristalina transparência, o procedimento jurídico a ser seguido pelos interessados a se valerem da proteção do Estado, segundo estabelece o dispositivo constitucional supracitado.

No entanto, para nossa surpresa, o novo texto legal não oferece, como era de se esperar, a mínima nitidez na formulação de seus conceitos e nenhuma coerência com relação à matéria a ser regulada. Muito ao contrário, senão vejamos.

A Lei nº 9.278/96, cuja ementa preconiza a regularização do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, revela uma redação ambígua, confusa e obscura em múltiplos aspectos, como será fácil verificar através dos comentários que se seguem.

A partir do art. 1º, o legislador, *data venia*, não nos pareceu muito feliz com a adoção da terminologia que inovou para definir a nova entidade familiar com a expressão “convivência duradoura”, ao invés de valer-se da, até então, usada pela nossa doutrina e empregada pelo próprio Texto Constitucional que pretendia regular, isto é, a “união estável”. A nosso ver, o emprego desta última expressão teria sido mais coerente e objetivo, pois estar-se-ia usando, inclusive, a linguagem adotada pelo próprio legislador constituinte.

Ney da Fontoura Boccanera é Advogado e Procurador Federal.

É, ainda, passível de justa censura o lastimável fato de que o atual legislador, ao tentar definir a nova entidade familiar como convivência duradoura, não procedesse como o fez tão sabiamente o legislador do Diploma Legal nº 8.971/93, que, ao regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, determinou expressamente que o reconhecimento de tais uniões concubinárias só fosse possível após “cinco anos” de vida em comum entre homem e mulher solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos. Entendemos, portanto, que deveriam constar da nova lei estes pré-requisitos fundamentais, servindo de critérios e limites indispensáveis para caracterizar as linhas básicas de uma união estável ideal e consolidada, para que, com justa razão, possa se transformar em uma nova entidade familiar, capaz de, futuramente, facilitar a sua conversão em casamento, como prevê a nova Lei.

Por outro lado, o § 1º do art. 1º da nova lei deveria ter esclarecido o estado civil dos companheiros, para que não pudessem ser enquadrados entre qualquer dos impedimentos previstos no art. 183 do Código Civil, impossibilitando-os, futuramente, para o casamento, se assim desejassem, como faculta a lei.

Quer ainda o legislador do novo texto inovar, quando no *caput* do art. 2º usa o vocábulo “conviventes”, ao invés de “companheiros” ou “concubinos”, abandonando, sem nenhuma razão, estas últimas expressões já consagradas em nossa doutrina, de longa data, o que, sem sombra de dúvida, facilitaria uma melhor compreensão do novo diploma legal.

Não fossem suficientes todos os inconvenientes acima comentados para demonstrar os aspectos lacunosos e omissivos que suscita o controvertido e obscuro texto da nova lei do concubinato, poderíamos, ainda, *en passant*, ressaltar como extremamente vaga a expressão “respeito e consideração mútuos” utilizada pelo legislador da nova lei no item I do art. 2º, para se referir aos deveres que devem manter os conviventes entre si. A este propósito, entendemos que seria muito mais objetivo e transparente dizer “de fidelidade recíproca”, segundo já consta do art. 231 do Código Civil. Isto porque o dever de fidelidade mútua faz parte da própria essência de qualquer tipo de união, sobretudo, *in casu*, da união estável, como nova forma de unidade familiar, protegida

que deve estar pelo Estado, como se impõe pela Constituição Federal.

Inobstante, ainda nos leciona a melhor doutrina pátria de nosso Direito de Família que a fidelidade dos que levam a vida em comum – dos companheiros – não se traduz tão-somente na exclusividade monogâmica imposta pela lei ou de respeito sexual que deve ser mantido entre o casal, eis que é unânime a opinião do magistério douto nessa matéria de que a fidelidade conjugal tem um sentido mais abrangente, mais elevado, mais sublime do que a inexpressiva linguagem usada pelo legislador.

Na verdade, qualquer que seja o grau de união entre o homem e a mulher, deve sempre ser embasada em uma firme, sincera, contínua e respeitosa amizade, enquanto perdurar o convívio entre os pares, tidos e havidos como verdadeiros companheiros na alegria e na dor.

Por conseguinte, pecou profundamente o legislador da nova lei por tornar o seu texto inexpressivo e indefinido, forçando o intérprete a se valer de exaustivas digressões doutrinárias para discernir o autêntico conteúdo da *mens legis*.

Com relação ao regime de bens que deve ser aplicado ao caso da ora instituída entidade familiar, intitulada “convivência duradoura”, a lei reguladora prevê um regime de bens semelhante ao do casamento da comunhão parcial, estabelecido pelo disposto nos artigos 269 a 273 do Código Civil brasileiro. Isto é, pertencerão a ambos conviventes, em partes iguais, os bens móveis e imóveis, adquiridos a título oneroso na convivência da união estável, salvo estipulação contrária em contrato escrito; bem como, compete a ambos a administração do patrimônio comum, salvo se houver disposição contrária em contrato escrito. Porém, os bens adquiridos anteriormente à referida união serão comunicáveis.

Outrossim, no que concerne à prestação de alimentos, será devida: na hipótese de dissolução da união estável, terá direito a ajuda alimentícia aquele que dela necessitar. Mais uma vez, *in casu*, a nova lei é obscura, eis que não informa as bases em que esta ajuda deva ocorrer, deixando, inclusive, de mencionar em que circunstâncias acontece a referida dissolução da união estável. Será que o rompimento de tal união está relacionado com alguma condição anterior estabelecida pelos conviventes em contrato previamente firmado por eles? Podemos até assim presumir, uma vez

que foi empregada pelo legislador a expressão “rescisão” no *caput* do art. 7º da nova lei. Entretanto, este dispositivo não está bem claro, pois não menciona qual o contrato que poderá ser rescindido pelos conviventes. Trata-se, como se vê, de uma redação obscura, que exige do intérprete um procedimento hermenêutico profundo para a perfeita elucidação exegética do texto legal em questão. Não obstante, a lei nova esclarece o óbvio, ou seja, “a união estável é dissolvida por morte de um dos conviventes”, ficando, neste caso, outorgado ao sobrevivente o direito real de habitação com relação ao imóvel destinado à residência da família, o que, a nosso ver, em certos casos, poderá originar um conflito de interesse junto aos herdeiros do *de cujus*.

Afinal, a nova lei possibilita a conversão da união estável em casamento, mediante um simples requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição do domicílio dos conviventes, porém, deixa de fazer qualquer referência à necessidade de serem juntados ao referido requerimento os respectivos documentos comprobatórios, no sentido de os requerentes provarem não estarem impedidos para o casamento, nos termos do art. 183 e seguintes do Código Civil brasileiro, com vistas ao Ministério Público e posterior homologação do juiz, como de resto, também, faz-se indispensável por lei.

Tout court, podemos concluir que as omissões, as ambigüidades, as incongruências e, sobretudo, a ausência de objetividade de que se reveste inteiramente o texto da nova lei do concubinato são extremamente lamentáveis, eis que, como vimos, eivam-no de erros que colocam em risco o equilíbrio e a segurança jurídica que devem, sem dúvida, ser os parâmetros protetores de nossa vida social.

Por conseqüência, a pobreza de técnica legiferante do novo texto legal vem de transferir a responsabilidade de apreciação de todas as

lacunas e a vaguidade de expressões cometidas pelo legislador para o juiz, o qual, por sua vez, decidirá subjetivamente com a liberdade de sua própria consciência, segundo lhe confere a lei. Daí por que, em nosso entendimento, esta não é a melhor e mais aconselhável solução, permitindo que o Judiciário se substitua ao Legislativo para corrigir equívocos ou lacunas na elaboração da lei.

Para nós, o excesso dessa transferência de função torna-se uma inversão funcional inoficiosa e, por isso mesmo, condenável. Além do mais, fere frontalmente o saudável princípio da economia processual, tão benéfico às partes interessadas como ao Estado. Arrematando, ou se altera substancialmente a lei que acabamos de analisar, ou aqueles que desejarem se habilitar a constituir uma união estável, segundo as disposições da nova lei do concubinato, estarão sujeitos ao convívio da insegurança jurídica em suas legítimas pretensões.

Por oportuno, cumpre-nos manifestar aqui nossas esperanças aos ilustres membros da comissão recentemente nomeada pelo Ex.^{mo} Senhor Ministro da Justiça e presidida pelo eminente Mestre, Professor Arnoldo Wald, para que se ponha um termo definitivo a essa “algaravia”, na feliz expressão da ilustre jurista Dr^a Florisa Verucci, empregada em seu notável artigo publicado em *O Globo*, pelo qual ressalta que “nem sequer a expressão união estável, consagrada pela Constituição Federal, foi respeitada”.

Nesse sentido, fazemos votos que a aludida comissão elabore um novo texto inquestionável, vazado na mais alta tradição de nossas letras jurídicas e escoimado de quaisquer erros ou vícios que possam desfigurar o espírito social do novo *remedium juris*, capaz de sanar as lamentáveis situações conjugais existentes na sociedade brasileira.