Casamento e concubinato: um estudo crítico

Mohamed A. S. Anção Sobrinho* & Rosângela Mara Sartori Borges**

Resumo

A Constituição da República Federativa do Brasil proclamou que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Estabeleceu, também, que essa proteção é devida tanto às famílias originadas através do casamento como da união estável (concubinato). A partir daí, a união estável foi expressamente reconhecida na Lei Maior, cabendo ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar o preceito constitucional. Duas leis foram promulgadas com esse fim, a Lei nº 8791/94 e Lei nº 9278/96. Este estudo objetiva uma análise crítica sobre as duas citadas leis, bem como a comparação entre os efeitos jurídicos da união estável e a do casamento.

Palavras-chave: casamento; união estável; equiparação; efeitos jurídicos; família.

ANÇÃO SOBRINHO, M. A. S.; BORGES, R. M. S. Casamento e concubinato: um estudo crítico. *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 131-143, mar. 2001.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil trouxe profundas modificações no Direito de Família, de forma que se pode estabelecer dois períodos distintos para o estudo desse ramo do direito: anterior à promulgação e posterior a ela.

Embora essas modificações tenham sido estampadas pela Carta Maior, não resta dúvida de que foram produto de um lento e gradativo processo histórico.

Com a dicção dos artigos 226 e 227 (CF), consagram-se os princípios da absoluta igualdade entre os cônjuges e da pluralidade de entidades familiares, rompendo, de forma definitiva, a estrutura da família patriarcal. Os filhos, provenientes ou não do casamento, têm idênticos direitos. Com todas estas modificações, os estudiosos e aplicadores do direito se viram obrigados a uma releitura de diversos institutos do Direito de Família, especialmente em relação ao casamento.

Breve Histórico

A família descrita pelo legislador do Código Civil pouco tem em comum com a família descrita pela CF. Aquela tinha como fonte exclusiva de sua constituição o casamento civil, em que o marido e o pai tinham um poder praticamente ilimitado sobre a esposa e filhos, e a união de pessoas livres era inaceitável.

Todo o direito de família tradicional girava em torno do casamento e da filiação, situação que, ao longo do tempo, foi tomando um outro formato, com modificação de valores e, obviamente,

* Docente do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná. Endereço para correspondência: R: Avestruz, 17. 86.700. Arapongas, Paraná, Brasil.

** Mestranda em Ciência Jurídica pela FUNDINOPI-PR. Docente do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná.

transformando, lenta e gradativamente, a sociedade. Essa tendência reflete-se no campo do Direito de Família, alterando conceitos e princípios.

Para melhor entender a família moderna, seja na sua organização, função, composição, administração ou no comportamento de seus membros, a socióloga italiana, Laura Balbo, apresenta a sua evolução em três estágios da sociedade enfocados sob o aspecto do desenvolvimento econômico: fase pré-industrial, fase da revolução industrial e a fase do capitalismo (*apud* Gomes, 1999, p. 17-18).

Na primeira fase, a família produzia praticamente tudo o que consumia. A casa era o centro da produção doméstica, e todos os membros do grupo exerciam uma função. Essas funções produtivas é que determinavam a condição social e a execução de certas tarefas institucionais como a proteção, a assistência, a educação e o aprendizado da prole.

Na fase seguinte, da revolução industrial, a produção doméstica é substituída pela produção fabril: a mulher e os menores começam a trabalhar nas fábricas, modificando seu papel no seio familiar.

Fator fundamental responsável pelas transformações no Direito de Família foi, sem dúvida, a emancipação econômica da mulher. Enquanto ela estava na total dependência econômica do homem, subordinava-se a ele; porém, ao deixar o trabalho exclusivamente doméstico para assumir um trabalho fora do lar, passa a ter seu próprio ganho, conquistando condições de manter-se e, em conseqüência, conquista certa autonomia.

A participação da mulher na atividade produtiva acarretou profundas modificações na vida familiar. Diante de tal fato, progride a idéia de se pôr fim à injusta condição de inferioridade da mulher, seja no convívio social, seja nas legislações.

Na fase do capitalismo, a organização da família tem por característica a ampliação das tarefas ligadas à satisfação das necessidades do próprio grupo (alimentares, sanitárias, higiênicas, educativas). A família tem como função produzir para assegurar o consumo.

A característica do consumo na função familiar de hoje faz com que os papéis dentro da família sejam alterados, pois para a satisfação das inúmeras necessidades, todos devem assumir sua parcela de deveres, não só domésticos, mas também no âmbito profissional.

Os reflexos dessas mudanças ocorridas entre os membros da organização familiar, no seu relacionamento, na sua administração, no regime de bens, na constante interferência do Estado no seu funcionamento, certificam que a família de hoje é muito diferente daquela que os Códigos dos séculos XIX e XX estamparam.

Novas Tendências

Os tradicionalistas mais ferrenhos entendem que a família contemporânea passa por uma crise, especialmente nos países desenvolvidos. Outros se espantam com a nova tecnologia da natalidade, os progressos da biologia, o sistema de "pais profissionais", o casamento de experiência, o casamento em série, a união estável e tantas outras modificações que traduzem o novo modelo familiar.

Os contemporâneos alegam que a família passa por verdadeira reestruturação de bases e que essa transformação nos valores, nos objetivos e na configuração constitui o seu aperfeiçoamento.

Carbonier, citado por Eduardo de Oliveira Leite, indica os seis rumos da transformação da família moderna: estatização, retração, proletarização, democratização, desencarnação e a dessacralização. (Leite, 2000, p.17-18).

A estatização se manifesta na crescente ingerência do Estado nas relações familiares, substituindo a família em diversas funções, tais como, educação, alimentação, saúde e, ainda, controlando-a no exercício das funções conservadas.

A retração é observada na substituição da família patriarcal pela nuclear, ou seja, pai, mãe e filhos menores.

A proletarização é marcada pela perda da característica plutocrática (domínio do dinheiro) da família. As relações familiares são fixadas em direitos e obrigações incidentes em salários.

A democratização transforma a sociedade familiar em sociedade igualitária, substituindo a hierarquia pelo companheirismo. Há um duplo movimento de emancipação: o da mulher e o do filho.

A desencarnação caracteriza-se pela substituição do elemento carnal ou biológico pelo elemento psicológico ou afetivo. Há um entendimento de que na formação do homem é mais importante a educação do que a hereditariedade.

Finalmente, a dessacralização manifesta-se pelo desaparecimento do elemento sagrado do casamento, que pode ser rompido com facilidade, nos favores legais e jurisprudenciais ao concubinato, bem como na indistinção entre filhos legítimos e ilegítimos.

Esses seis rumos apontados podem ser observados nitidamente na Constituição Federal, nos dois já citados artigos: 226 e 227. O parágrafo 5º do art. 226 proclama a completa igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, os parágrafos 3º e 4º reconhecem tanto a família originada através da união estável, como a família monoparental (formada por qualquer dos pais e seus descendentes), e o parágrafo 6º do art. 227 define a paridade de direitos entre filhos de qualquer origem.

Hoje, ao se estudar o Direito de Família há que se tomar por base os referidos artigos constitucionais, especialmente no que se refere aos novos modelos familiares reconhecidos.

A Lei Maior afirma no art. 226, "caput", que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado e, em seguida, no § 3º esclarece que para efeito da proteção do Estado a união estável entre o homem e a mulher é reconhecida como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Essa amplitude dada pela Constituição Federal ao conceito de família foi resultado de árdua luta entre os conservadores que privilegiavam a família legítima (originada pelo casamento) e a pressão da união livre que era traduzida pela realidade social, econômica e jurídica não podendo mais ser desprezada pela lei.

Com o advento desse artigo constitucional ocorre o reconhecimento estatal da família originada pela união estável. Com isso, surgem inúmeras questões sobre a equiparação entre a união estável e o casamento, sobre os efeitos jurídicos dos dois institutos, bem como a necessidade de legislação própria elaborada pelo legislador ordinário (tendo em vista a não auto-aplicabilidade da referida norma constitucional).

Embora o reconhecimento estatal da união estável, como fonte geradora da família, tenha ocorrido somente com advento da Constituição de 1988, não se trata de fato novo na sociedade brasileira; a origem remonta ao direito romano.

O concubinato era admitido pelas Leis Júlia e Papia Poppaea, sendo considerado casamento de segunda classe, união inferior, semimatrimônio, contraído sem formalidades. Se distinguia das *justae nuptiae* pela imperfeita comunhão de vida, bem como pelos efeitos que dele surgiam. Faltava-lhe o *affecto maritalis* e a finalidade social e familiar inerente ao matrimônio, porém, era de natureza lícita nada tendo de reprovável.

O concubinato foi vigorosamente combatido pelo cristianismo, especialmente por Santo Agostinho e por Santo Ambrósio. Vários foram os Concílios que reprovavam o concubinato, como, por exemplo, o de Toledo (ano 400), Basiléia (ano 431), Latrão (ano 1516) e Trento que o condenou (1999, p. 19).

O Código Canônico considera o concubinato, ainda hoje, nocivo à sociedade, estabelecendo várias sanções para os concubinos. É o que estabelecem os cânones 1093 e 1395 § 1º, respectivamente: "O impedimento de honestidade pública origina-se de matrimônio inválido, depois de instaurada a vida em comum, ou de concubinato notório ou público; e torna nulo o matrimônio no primeiro grau da linha reta entre o homem e a mulher e as consangüíneas da mulher, e vice-versa".

O clérigo concubinário, exceto o caso mencionado no cân. 1394, e o clérigo que persiste com escândalo em outro pecado externo contra o sexto mandamento do Decálogo, sejam punidos com

suspensão. Se persiste o delito depois de advertências, podem-se acrescentar gradativamente outras penas, até a demissão do estado clerical.

O Código Civil Brasileiro também não reconhece o concubinato e, nas raras ocasiões que o menciona, fá-lo no sentido de proteger a família originada do casamento. É o que ensina Silvio Rodrigues (2000, p. 250), exemplificando os artigos 248, IV, 1177 e 1719, III do referido código.

Posteriormente à promulgação do Código Civil, foram editadas algumas leis esparsas, que, embora de forma tímida, foram tutelando algumas situações decorrentes da união estável, como, por exemplo, a relativa à possibilidade de a companheira acrescentar aos seus os apelidos do companheiro (art. 57 e parágrafos da Lei 6015 de 31.12.1973), ser considerada pensionista pela previdência no caso de falecimento daquele (art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, alterado pela Lei nº 9.032/95). Porém, essas normas não resolviam a maioria dos problemas apresentados pelos conviventes, cabendo à jurisprudência o papel fundamental na solução dos conflitos.

Independente da postura do legislador no passado, a família constituída fora do casamento há muito tempo tornou-se realidade. Muitas são as causas da multiplicação desse novo modelo familiar.

Entre elas pode-se citar a inexistência, até há pouco, do divórcio em nosso País. Esse fato fazia com que pessoas separadas de fato ou mesmo desquitadas se vinculassem novamente e, pela impossibilidade de contrair novo casamento, passassem a conviver como se casados fossem. Essas famílias, então ilegítimas, eram constituídas por um homem e uma mulher, havendo filhos em comum.

Outro elemento importante foi a emancipação econômica da mulher como fato decisivo na organização social e jurídica do grupo familiar. A mulher, no passado, vivia subordinada economicamente e moralmente ao poder o marido. Aliás, a mulher tinha como único objetivo de vida casar-se e constituir família. A responsabilidade dos pais em relação às filhas era passada para os maridos. A subordinação ao pai era transferida ao esposo.

Atualmente, economicamente independentes, livres da hierarquia tanto paterna quanto a marital, as mulheres têm buscado relações baseadas em amor e companheirismo com o objetivo de constituição de família que não são traduzidas, necessariamente, pelo casamento. Surge a figura da união estável como alternativa.

A interferência do Estado nas relações privadas também deve ser analisada como fator de multiplicação da união estável. Se se comparar a interferência da lei no casamento e na união estável observa-se que ela é muito menor nesta do que naquele, especialmente em relação aos requisitos de existência, validade, regularidade, celebração, dissolução etc.

Diogo Leite de Campos esclarece esse posicionamento quando trata da nova ordem social: "A nova ordem social conduz à civilização do casamento e da família, isto é, privatizam-se, deixam de ser elementos de uma ordem social, regulados por normas de Direito Público, para passarem a construir quadros, livremente construídos e, conseqüentemente, livremente dispostos, de interesses individuais, soberanos, em que o interesse público não pode intervir" (1992, p. 23).

Há, também, os que entendem que o reconhecimento estatal do concubinato, enfraquece o casamento e estimula o aumento daquele. Plínio Barreto, citado por Washington de Barros (1999, p.22) alerta: "há uma luta constante entre as duas instituições, a legal e a ilegal, ensaiando esta (o concubinato) os mais variados meios de ação para reduzir o domínio daquela (o matrimônio). Ora, quanto mais o concubinato puxa a coberta para si, mais desnudado fica o matrimônio."

Outra causa fortalecedora da união estável é que o custo desta é bem menor (ou nenhum) do que o do casamento. Embora a Constituição Federal determine no seu art. 226, § 1º que é gratuita a celebração do casamento, os demais atos procedimentais não são.

A questão econômica é fundamental na vida de qualquer pessoa e influencia diretamente as decisões humanas em todos os aspectos. Muitas são as famílias constituídas pelo concubinato porque não possuem renda suficiente para arcar com as despesas de um casamento ou porque não querem ter esses gastos.

Para ilustrar a importância da questão financeira na opção pelo modelo familiar, a história traz importantes dados. Interessante fato se deu na República dos Sovietes, quando, em 1927, foi editado o Código do Matrimônio, da Família e da Tutela com uma alteração: a relação concubinária passou a receber do Estado idêntica proteção concedida ao casamento (extinção do registro como ato essencial à caracterização do casamento).

Para o regime soviético, ansioso por implementar as mudanças defendidas pela Revolução, a abolição do casamento-registro significava um importante passo para as novas relações sociais.

Porém, menos de uma década depois, o direito soviético passou a regulamentar o assunto de forma contrária, ou seja, casamento e concubinato já não eram mais equiparados.

O Estado, então, através de medida que afetaria diretamente a renda das pessoas, aumentou o imposto incidente sobre o registro do fim do vínculo matrimonial que, por uma resolução do Comitê Central Executivo e do Conselho de Comissários do Povo, de 27 de junho de 1936, passou a ser de 50 rublos para o primeiro divórcio, 150 para o segundo e 300 para os seguintes. Tratava-se de uma medida que favorecia a permanência do vínculo matrimonial, como também a monogamia em prejuízo da sucessiva.

Em julho de 1944 um decreto estabeleceu que apenas o matrimônio registrado originava entre os cônjuges os direitos e obrigações previstos no Código do Matrimônio, Família e Tutela. Pode-se observar, através desse exemplo soviético, que os gastos computados na vida familiar, seja para a formação ou para o término das relações, são elementos de grande influência na constituição da família.

No Brasil, diante da realidade social no campo das relações pessoais e familiares, o legislador constituinte optou pelo reconhecimento da união estável. Porém, somente em dezembro de 1994 é que foi promulgada a primeira legislação específica sobre a união estável, a Lei nº 8971, que regulamentou o direito a alimentos e à sucessão. Esta restringiu os direitos alimentares e sucessórios apenas aos conviventes desimpedidos quando, no seu art. 1º, determina que a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 anos, ou dele tenha prole, terá direito a alimentos e aos direitos sucessórios nela consignados. O parágrafo único equiparou os mesmos direitos ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Em relação à sucessão, o art. 2º e seus incisos estabelecem os critérios a serem observados, definindo que participarão da sucessão as pessoas referidas no artigo anterior nas seguintes condições:

1) o (a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns;
2) o (a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
3) na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) terá direito à totalidade da herança.

O inciso I promoveu alteração substancial no direito dos filhos do *de cujus,* tendo em vista que, com a promulgação dessa lei, ao invés de receber a totalidade da herança, eles ficaram privados da utilização e fruição da quarta parte dos bens. O inciso II interfere na ordem da vocação hereditária estabelecida no art. 1.603 do Código Civil, atuando sobre a segunda classe de herdeiros necessários, os ascendentes. Caso não haja descendentes e ascendentes, o inciso III atribui ao companheiro do falecido a propriedade plena de todos os bens deixados, colocando-o na 3º classe na vocação hereditária.

Muitas foram as críticas tecidas a essa lei, por grandes juristas. Segismundo Gontijo adjetivou-a como "exageradamente concessiva, extravagantemente omissa e demasiadamente genérica" (1995, p. 23-27).

Eduardo de Oliveira Leite entende que a Lei nº 8971/94 é inconstitucional quando vincula a existência da união estável à ocorrência de prole. Também critica a alteração na ordem da vocação hereditária, incluindo a companheira ao lado do cônjuge sobrevivente. No caso de prestação de

alimentos, explica que o requisito necessário e que deve ser comprovado é a existência de união séria e duradoura (5 anos, pela lei) e, ainda, que ao criar a figura da concubina meeira, a legislação não se referiu à exclusão dos bens que não são frutos do esforço comum (2000, p. 94-95).

Silvio Rodrigues (2000, p. 269) entende que a Lei 8971/94 foi uma tentativa de regulamentação do § 3° do art. 226 da Constituição Federal e analisa a omissão do legislador no que se refere ao usufruto, quando houver casamento do companheiro sobrevivente.

Explica que o referido usufruto, pelo texto da lei, só se extinguirá em caso de nova união e, embora a lei não especifique a figura do casamento, essa "união" deve abrangê-la. Neste caso, o companheiro sobrevivente perderia o usufruto se contraísse matrimônio, sendo que tal interpretação não seria coerente à luz do texto constitucional, que incentiva o casamento.

Também analisa e questiona o fato de um dos conviventes, que não deixe herdeiros necessários, poder testar livremente em favor de parentes ou terceiros, prejudicando assim o companheiro sobrevivente.

Arnoldo Wald conclui que "A nova legislação, embora tecnicamente imperfeita e discutível, representou importante passo do legislador ordinário para complementar e pôr em execução norma constitucional, cabendo à jurisprudência e à doutrina aprimorar o texto, sedimentando as interpretações as mais adequadas" (1999, p. 222).

Em 10 de maio de 1996 foi aprovada a Lei n°.9278 prosseguindo na tarefa legislativa de regulamentação do § 3°, 226 da Constituição Federal.

Esse novo diploma legal tratou dos efeitos *inter vivos* do concubinato, definindo a entidade familiar, os direitos e deveres entre os conviventes, regulamentando a partilha dos bens adquiridos na constância da união, conferindo direito a alimentos ao convivente necessitado (no caso da dissolução da união estável por rescisão), atribuindo o direito de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família.

Permitiu, ainda, a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao oficial do Registro Civil e fixou a competência das Varas de Família para a resolução de litígios referentes à união estável.

Essa nova lei não substituiu a anterior, mas apenas a revogou em parte, naquilo que é incompatível com o que foi anteriormente disciplinado. Nos pontos de conflito e incompatibilidade é que se tem a regovação parcial da lei de 1994.

Não se pode negar que embora o primeiro passo para a regulamentação da união estável tenha sido a promulgação da Lei n° 8971/94, foi a Lei n° 9278/96 que avançou nesse sentido, tratando da divisão dos bens, dispondo sobre alimentos e inovando ao prever a hipótese dos companheiros contratarem por escrito sobre questões materiais.

A chamada "Lei dos Conviventes" (Lei n° 9278/96) ampliou o rol das pessoas amparadas quando reconhece como entidade familiar a relação duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher. Pela lei de 1994 mereciam amparo apenas as pessoas solteiras, viúvas, separadas judicialmente e divorciadas.

Interessante questão pode ser levantada sobre a omissão desse artigo (o 1° da Lei 8971/94) em relação às pessoas separadas de fato, como também da situação daqueles que se encontram separados judicialmente.

Há uma preocupação constante por parte dos doutrinadores em diferenciar a expressão "concubinato" da "união estável", estabelecendo que a união de homem e de mulher, fora do casamento, com impedimento, é concubinato e que a união de homem e mulher, fora do casamento, com possibilidade de casamento, é união estável.

A presença de qualquer obstáculo legal à realização do matrimônio entre os companheiros afasta a qualidade de união estável. Outros classificam o concubinato em puro e impuro, sendo que a primeira forma corresponde à definição de união estável.

Partindo desse entendimento, pode-se deduzir que o art. 1° da Lei n° 8971/94 trata tanto da união

estável como do concubinato. Refere-se à união estável quando elenca quais são as pessoas desimpedidas para o casamento: a viúva, a solteira, a divorciada; e ao concubinato, quando ampara a pessoa separada judicialmente, que, num primeiro momento, é impedida de contrair casamento.

Se a intenção do legislador da Lei nº 8971/94 era a de viabilizar a conversão da união estável em casamento, não poderia constar daquele rol as pessoas separadas judicialmente; se era a de proteger as relações que já possuíam os requisitos legais para a dissolução do vínculo matrimonial, através do divórcio, merece análise a questão da separação de fato, que não foi abordada pelo citado artigo da lei.

Quando uma separação de fato atinge a duração temporal prevista pelo § 6º do art. 226 da Constituição Federal, há a possibilidade do divórcio direto. Neste caso, a referida separação está equiparada, em possibilidade legal de conversão em casamento, à separação judicial.

Tais situações foram resolvidas com o advento da Lei nº 9278/96 que, no seu art. 1º, ampliou o conceito de união estável definido pela legislação anterior, possibilitando a inclusão das várias relações. Neste trabalho os termos "união estável" e "concubinato" são utilizados como sinônimos.

A "Lei dos Conviventes" reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Assim, há a exigência que a convivência seja estável, permanente, conhecida, voltada à constituição da família. Não se preocupou o legislador em estabelecer o estado civil dos conviventes.

A nova lei não estabeleceu um prazo mínimo de duração da relação, porém, os adjetivos "duradoura", "pública" e "contínua" afastam do conceito de união estável as relações passageiras ou fugazes. A descontinuidade e a clandestinidade indicam fragilidade do relacionamento entre os conviventes, afastando a proteção da lei.

Em relação aos direitos e deveres dos conviventes a nova lei, no art. 2º, estabeleceu igualdade e reciprocidade:

a) respeito e consideração mútuos;

b) assistência moral e material recíproca;

c) guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Como se percebe, houve certa aproximação dos direitos e deveres dos conviventes com os estabelecidos pelo Código Civil, art. 231, que estipula como deveres de ambos os cônjuges:

a) fidelidade recíproca;

b) vida em comum, no domicílio conjugal;

c) mútua assistência;

d) sustento, guarda e educação dos filhos.

Há diferenças nos deveres da fidelidade recíproca e obrigatoriedade de vida comum em domicílio conjugal, que não são estabelecidos pela Lei 9278/96.

A fidelidade recíproca, embora não destacada literalmente pelo artigo da lei, deve ser entendida como elemento da união estável, pois, a multiplicidade de relacionamentos descaracteriza o objetivo de formação de família, bem como o dever de respeito e consideração entre os conviventes.

Fabrício Zamprogna Matielo ensina que respeito e consideração mútuos podem ser entendidos como "a busca de permanente estado de humanidade, de homenagem à figura humana com que se comunga a vida; é a preservação da dignidade de ambos os partícipes" (1988, p. 81).

Quanto à questão da vida comum sob o mesmo teto também no casamento amenizou-se a força da norma emergente do inciso II, art. 231 do Código Civil.

Hoje, tornou-se comum os casais (no casamento ou na união estável) viverem contínua ou esporadicamente em ambientes físicos diferentes, geralmente por questões profissionais, sem contudo deixarem de assumir suas responsabilidades inerentes ao relacionamento.

O dever fixado no inciso III, da "Lei dos Conviventes", diz respeito somente ao filhos comuns, pois inexiste o dever jurídico de patrocinar a subsistência e educação de filhos alheios.

O art. 5º da citada lei (o 3º e 4º foram vetados) vem suprir a deficiência da Lei 8971/94 no que se

refere à questão da partilha dos bens havidos durante a convivência, em caso de encerramento desta por motivo diverso do óbito de um dos conviventes. São várias as condições definidas pelo "caput" e seus dois parágrafos:

a) aquisição de bens durante a convivência – comuns são aqueles adquiridos durante a vigência da união estável. Portanto, os bens anteriores e os posteriores, bem como os que foram conquistados na fase de um momentâneo rompimento da relação não se comunicam.

b) aquisição de bens a título oneroso – tendo em vista que a aquisição a título gratuito não tem como origem o esforço comum dos consortes, esta pertencerá com exclusividade ao titular. Neste caso, os bens recebidos por herança ou doação, rifas e sorteios em geral pertencerão unicamente ao titular.

c) presunção relativa trazida pelo "caput" – cessa em duas hipóteses, que são: quando a aquisição ocorrer com o produto de bens adquiridos antes do início da união estável e se houver estipulação contrária em contrato escrito. Na primeira hipótese trata-se do princípio de sub-rogação real, segundo o qual a coisa entra no lugar do preço e o preço em lugar da coisa. Se um dos consortes vender um bem que era seu anteriormente à relação e, durante esta adquirir outro bem com o produto daquele, este bem toma o lugar do anterior, pertencendo somente àquele consorte. Na segunda, cessa a presunção do "caput" quando por contrato escrito os conviventes declararem que a aquisição de determinado bem, durante a união estável, será de propriedade exclusiva de um deles.

Assim, conclui-se que a Lei nº 9278/96, no que pertine aos bens adquiridos pelos companheiros, prevê um regime legal e um regime convencional.

O regime legal é aquele segundo o qual os bens adquiridos por um ou ambos os consortes, na constância da união, pertencerão a ambos, em condomínio e em cotas iguais. Esse regime é semelhante ao da comunhão parcial de bens, previsto no art. 258 do Código Civil. O regime convencional é aquele estabelecido pela forma contratual, distinta da prevista na lei.

Em relação à administração do patrimônio comum, a lei determina que compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito. Assim, através desse preceito ocorre a fixação da administração conjunta superando a antiga idéia do Código Civil de "cabeça-do-casal", salvo se contratualmente estabelecerem exceção a essa regra.

Outra questão que merece análise, formulada por Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 51) é a da situação de terceiros que negociarem com apenas um dos conviventes. Aquele que possui um bem em seu nome pode negociá-lo com terceiro, que o adquirirá e estará protegido pela boa-fé. Neste caso, como não há um registro de união estável não poderá haver a oposição daquele consorte que não negociou. Se, porém, o contrato de regime de bens estiver transcrito no Registro público gozará de eficácia ampla para terceiros, afastando a boa-fé do eventual adquirente que negociar com um dos companheiros sem a anuência do outro.

O artigo 7º estabelece que em caso de dissolução da união estável por rescisão, a assistência material deverá ser prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Ao prever a viabilidade da rescisão o legislador permitiu a fixação do marco final desta, facultando a qualquer dos ex-conviventes o pedido judicial de alimentos, provando-se a necessidade do reclamante e possibilidade do reclamado, independente da dissolução ter sido judicial ou extrajudicial.

A Lei nº 8971/94 já regulamentava a matéria de alimentos entre os conviventes. Porém, restringia esse direito às uniões em que não havia impedimento para um futuro casamento, ou seja, uniões entre solteiros, viúvos, divorciados ou separados judicialmente. Inovou a lei referida em dois pontos: não fixou tempo mínimo de duração da convivência e não limitou o direito a alimentos a qualquer tipo de relação, desde que seja duradoura, pública e com o objetivo de constituição de família.

Embora a lei não trate de forma específica sobre a necessidade de inexistência de culpa de um dos conviventes (requerentes) para o pedido de alimentos, esta deve ser entendida como requisito, por analogia com o igual dever entre os cônjuges (Lei nº 6515/77).

O parágrafo único do art. 7º trata da dissolução da união estável por morte de um dos conviventes, estabelecendo que o sobrevivente terá direito real de habitação enquanto viver e não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Washington de Barros Monteiro ensina que o direito real de habitação consiste "na faculdade de residir ou de abrigar-se num determinado edifício" (1989, p. 329), sendo previsto pelo Código Civil nos artigos 746 a 748, aplicando-se subsidiariamente, no que couber, as normas pertinentes ao usufruto.

Há que ser observada a questão dos limites legais do direito real de habitação. O beneficiário deve destiná-lo única e exclusivamente à moradia do sobrevivente e de sua família.

Assim, em se tratando de dissolução da união estável por morte de um dos conviventes as leis nºs. 8971/94 e 9278/96 reconhecem os seguintes direitos ao sobrevivente:

a) a parte que lhe pertence como condômino;
b) direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família;
c) usufruto da quarta parte dos bens do falecido, enquanto não constituir nova união, desde que haja filhos deste ou comuns;
d) usufruto de metade dos bens deixados pelo *de cujus,* se não houver filhos, ainda que sobrevivam ascendentes;
e) totalidade da herança, no caso de falta de descendentes e ascendentes.

No caso do direito à totalidade da herança e ao usufruto deve ser observado o requisito de que a união estável tenha durado no mínimo cinco anos ou que dela tenha resultado prole.

Na doutrina tradicional há uma preocupação em não se reconhecer direitos mais extensos à entidade familiar do que à família. Assim, na tarefa da interpretação, ao conciliar os dois textos legais referentes à união estável o aplicador do direito deve observar que duas situações distintas podem ocorrer, conforme ensina Washington de Barros Monteiro (1999, p.31):

> "a) há patrimônio comum a partilhar: o sobrevivente tem direito ao quinhão que lhe pertence na qualidade de condômino, correspondente à sua metade, se contrato escrito não dispuser em contrário, além do direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência à família, que perdurará enquanto não contrair nova união, pelo casamento ou entidade familiar; b) há bens que pertenciam exclusivamente ao *de cujus,* por terem sido adquiridos por doação ou herança, ou com produto de bens adquiridos anteriormente à ligação concubinária: o sobrevivente tem direito ao usufruto de parte dos bens, na proporção de um quarto, se o falecido deixou filhos, e de metade, se houver ascendentes e nenhum descendente."

Em relação ao art. 8º da Lei nº 9278/96, nada há de novo na formulação trazida pelo legislador ordinário: estabelece que os conviventes poderão requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao oficial do Registro Civil. A Constituição Federal em seu art. 226, § 3º determina que a lei deve facilitar a união estável em casamento. O legislador não explicitou o procedimento dessa conversão.

O casamento civil só pode ser realizado após prévia habilitação (ressalvadas as exceções legais), que é o procedimento através do qual se apura a capacidade dos nubentes e a inexistência dos impedimentos matrimoniais.

Seria altamente temerário que os conviventes pudessem simplesmente alegar essa condição, sem a habilitação para o casamento, para que fossem submetidos ao enlace civil. Por isso, a aplicação do referido artigo é viável somente quando conciliada com todas as formalidades para o casamento previstas pelo Código Civil, como apresentação dos documentos, publicação de editais, habilitação, celebração etc.

O art. 9º define o foro competente para a apreciação das ações referentes à união estável, elegendo o legislador a Vara de Família. Trata-se da prática de equiparação entre a família natural (entidade familiar) e a família originada pelo casamento, em relação à proteção prevista pela Constituição Federal.

Através da análise feita nas duas legislações que regulamentam a união estável, pode-se concluir que são em alguns pontos excessivas e, em outros, lacunosas. Excessivas, por exemplo, quando regulamentam os alimentos sem a preocupação com a ausência de culpa do requerente ou quando estabelecem o regime sucessório mais vantajoso do que o Código Civil oferece ao cônjuge no regime oficial de bens. São lacunosas quando deixam de adaptar os impedimentos matrimoniais à formação da união estável ou quando não estabelecem, literalmente, a fidelidade como dever no concubinato.

Outra crítica trazida por Débora Gozzo em relação aos dois diplomas legais é que "manifestam uma ingerência muito grande por parte do Estado na vida do particular." Justifica essa posição esclarecendo que "se uma pessoa desimpedida para casar faz a opção por viver com uma outra, sem a celebração do casamento civil ou religioso com efeitos civis, assim o faz com o mero objetivo de não estar sujeita às leis que regulam o casamento" (1999, p. 89).

Sobre esse posicionamento, há que se ponderar que nem sempre a opção pelo concubinato, feita por uma pessoa desimpedida para o casamento, significa, necessariamente, intenção de afastar a interferência estatal da sua relação. Tal fato deve ser analisado como um dos fatores que influenciam o aumento das uniões estáveis, mas não o único.

Com o reconhecimento constitucional da família originada da união estável nasce a preocupação de se analisar os diversos efeitos jurídicos decorrentes, bem como a necessidade de compará-los aos efeitos provenientes do casamento. Uma outra preocupação que surge é em relação à equiparação, ou não, da união estável ao casamento. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, traz o comando de que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

A partir desse enunciado são possíveis algumas reflexões: se a família constituída pela união estável é reconhecida e protegida pelo Estado por que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento; se continua havendo primazia do casamento sobre a união estável; se há equiparação entre eles; se há equiparação de proteção entre os dois institutos, por que incentivar a conversão de um em outro.

Não são simples as respostas para essas questões, e no intuito de respondê-las, devem ser analisados, paralelamente, o casamento e a união estável no que concerne à formação, características, deveres, partilha de bens, dissolução, alimentos, sucessão e filhos.

Formação

Em relação ao casamento, a lei civil disciplina minuciosamente não só os pressupostos e formalidades que antecedem o casamento, mas também a sua celebração.

Para ser válido e eficaz ele exige o preenchimento de condições de três ordens:

a) condições necessárias à existência jurídica – diversidade de sexo, consentimento dos nubentes, celebração por autoridade competente;
b) condições necessárias à validade – condições naturais de aptidão (puberdade, potência, sanidade) e condições de ordem moral e social (grau de parentesco, monogamia);
c) condições necessárias à regularidade – formalidades preliminares (habilitação, publicação e registro dos editais) e formalidades concomitantes (acompanham a cerimônia).

São pressupostos do concubinato: união estável entre um homem e uma mulher; convivência prolongada, pública e contínua; objetivo de constituir família; inexistência de impedimento matrimonial e possibilidade de converter-se em casamento.

São reconhecidos independente de qualquer solenidade, o consentimento não gera qualquer efeito e precisa ser constantemente renovado.

Ao se comparar as condições necessárias para o casamento com as necessárias ao concubinato é claramente perceptível que muito maiores são as exigências para a constituição daquele do que deste.

Características

O casamento é ato pessoal porque depende exclusivamente da escolha e vontade dos nubentes; é ato solene porque a lei exige uma série de requisitos destinados à publicidade e garantia da manifestação

do consentimento dos noivos; é ato civil, conforme o art. 226, § 1º da Constituição Federal; não admite termo ou condição; é uma instituição de ordem pública e estabelece comunhão de vida seja nos aspectos patrimoniais, seja nos aspectos espirituais e sentimentais.

No concubinato as características estão elencadas na própria definição legal, que são: convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, com objetivo de formar uma família. Em outras palavras, necessidade de prolongamento no tempo, estabilidade e notoriedade.

A análise das característica de ambos os institutos proporciona um panorama geral em que se destaca a complexidade do casamento frente à singeleza do concubinato.

Deveres

No art. 231 do Código Civil, acham-se enumerados os deveres recíprocos dos cônjuges, que são:

a) fidelidade recíproca – não constitui somente um dever moral mas representa a natural expressão da monogamia;
b) dever de coabitação – é da essência do casamento a vida em comum no domicílio conjugal;
c) mútua assistência – é dever de cada cônjuge socorrer o outro seja no aspecto moral ou material;
d) sustento, guarda e educação dos filhos – os filhos têm o direito de serem criados no seio de sua família. No mesmo sentido preceitua a Lei nº 8069/90, no seu art. 22.

A Lei nº 9278/96 estabeleceu para os conviventes os seguintes deveres: respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca, guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Como se percebe, a lei não impôs aos conviventes os mesmos deveres do casamento, mas pode-se atestar que nesse aspecto (dos deveres) muito se aproximou da legislação civil.

O dever da fidelidade recíproca pode ser enquadrado no inciso I do art. 2º da citada lei , ficando apenas o dever de coabitação sem regulamentação.

Partilha de bens

As relações econômicas entre marido e mulher durante o casamento são regulamentadas pelo conjunto de normas denominado regime de bens. No direito pátrio são quatro regimes de bens:

a) o da comunhão universal – regulamentado pelos arts. 262 a 268 do Código Civil.
b) o da comunhão parcial – regulamentado pelos arts. 269 a 275 do referido código.
d) da separação de bens – regulamentado pelos arts. 276 e 277 da legislação civil.
e) dotal, que inexiste na realidade brasileira.

Os nubentes têm ampla autonomia para escolherem um dos quatro regimes, exceto nos casos em que há imposição do obrigatório. Porém, a partir da opção nada mais podem resolver em relação aos bens, devendo subordinar-se às regras impostas pelo regime escolhido.

Três são os princípios fundamentais que regem a organização desses regimes: a variedade, liberdade dos pactos antenupciais e a imutabilidade.

Há um regime legal que vigora somente quando os nubentes se casam sem o pacto antenupcial, ou se este é inválido. No Brasil, esse regime é o da comunhão parcial de bens.

Em relação aos conviventes foi a Lei nº 9728/96 que regulamentou a questão patrimonial. Preceitua que os bens de natureza móvel ou imóvel são comuns a eles, se presentes as seguintes condições:

a) a aquisição dos bens seja durante a vigência plena da união estável;
b) a título oneroso, já que a aquisição a título gratuito não tem como origem a dedicação financeira conjunta dos conviventes;
c) inexistência de previsão escrita em contrário, facultando às partes decidir antecipadamente ou não sobre o modo e as condições de partilha dos bens adquiridos durante a constância da relação.

Comparando as duas legislações é possível concluir que aquela que regula a partilha de bens entre

os cônjuges, embora apresente um leque maior de opções, traz maiores limitações aos interessados do que a que prevê a partilha entre os concubinos.

Dissolução

A dissolução da sociedade conjugal se dá pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio. É o que prevê o art. 2º da Lei nº 6515/77. Já a união estável pode ser dissolvida por acordo entre as partes ou por decisão judicial.

Em caso de dissolução por mútuo acordo devem constar todas as questões de interesse dos conviventes, como por exemplo, guarda dos filhos, alimentos, partilha dos bens comuns etc. Não há obrigatoriedade de que este seja por escrito. Caso seja, poderá ser homologado judicialmente. Inexistindo acordo, qualquer das partes poderá promover ação para finalizar a relação, cabendo ao juiz decidir as questões controversas.

Não resta dúvida que a dissolução da união estável pode ser menos complexa do que a do casamento. Quando a lei dos conviventes permite a dissolução por rescisão, confere aos consortes o direito de, extrajudicialmente, resolverem todas as questões relativas ao término da relação. A união estável pode, ainda, ser rompida por qualquer motivo.

A extinção da sociedade conjugal, mesmo que de forma amigável, jamais poderá ser extrajudicial. Também não poderá ser dissolvida tendo por fundamento motivo torpe.

Alimentos

Da observância feita ao art. 2º, II combinado com o art. 7º da Lei nº 9278/96, os alimentos serão cabíveis mesmo que não ocorra a dissolução da união estável, quando um dos conviventes faltar com o dever da assistência material.

Traçando um paralelo sobre o dever de prestar alimentos na relação matrimonial e na concubinária, é possível concluir que tanto em uma relação como em outra, os requisitos são comuns: a prova da necessidade do requerente, a capacidade do requerido para prestá-los e a ausência de culpa do requerente pela extinção da relação (em ambas).

Sucessão

O art. 2º da Lei nº 8971/94 regulamentou a participação da sucessão dos companheiros e através do inciso III, alterou a ordem da vocação hereditária incluindo o companheiro-sobrevivente ao lado do cônjuge sobrevivente.

Filhos

A partir da Constituição Federal as garantias dos filhos de qualquer pessoa, com ou sem casamento, foram proclamadas. O art. 226, § 6º preceitua: "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".

Conclusão

Embora a Constituição da República do Brasil tenha reconhecido a união estável para efeito de proteção do Estado, não equiparou-a ao casamento. Este, continua tendo primazia sobre a união estável. As legislações nºs. 8971/94 e 9278/96 surgiram com objetivo de regulamentar o preceito constitucional, porém, apresentam-se omissas em alguns aspectos e excessivas em outros.

As legislações citadas não atenderam ao comando constitucional de facilitarem a conversão da união estável em casamento. Ao contrário, atribuíram mais direitos e menos deveres aos conviventes do que os conferidos aos cônjuges, estimulando o aumento das famílias originadas do concubinato.

Referências Bibliográficas

CAMPOS, Diogo Leite de. A Nova Família. In: TEIXEIRA, Sálvio F. (Coord.). *Direito de família e do menor, inovações e tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e Poder*. São Paulo: Saraiva, 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 5v.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. *Síntese de Direito Civil*. 2. ed. Curitiba: J.M, 2000.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *União Estável – Concubinato:* repercussões jurídico-patrimoniais. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 2v.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 6.

VIANA, Marco Aurélio. *Curso de Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. v. 2.

VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família*: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

Marriage and concubinage: a critical study

Abstract

The Brazilian Federal Republic Constitution ruled that the family is the basis of society and has a special protection of the State. It also establishes that this protection is to families formed by marriage as well as to those steady union (concubinage). Based on these staments, the steady union was definitely recognized as commandment of the Major Law, being the ordinary legislator assigned the task of regulating the constitutional precept. Two laws were promulgated with this purpose, law 8791/94 and law 9278/96. This study has the objective of doing a critical analisys on both laws mentioned above, as well as to draw a comparison on the juridical effects between the steady union and the marriage.

Key words: marriage; steady union; comparison; juridical effects; family.

ANÇÃO SOBRINHO, M. A. S; BORGES, R. M. S. Marriage and concubinage: a critical study. *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 131-143, mar. 2001.